

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le formalisme du contrat d'assurance

Jacquemin, Hervé

Published in:

La loi sur le contrat d'assurance terrestre

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2012, Le formalisme du contrat d'assurance: analyse des règles en vigueur à l'aune des progrès techniques et de certaines pratiques contractuelles. Dans *La loi sur le contrat d'assurance terrestre: bilan et perspectives après 20 années d'application*. Académia Bruylant, Bruxelles, p. 21-72.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE FORMALISME DU CONTRAT D'ASSURANCE : ANALYSE DES RÈGLES EN VIGUEUR À L'AUNE DES PROGRÈS TECHNIQUES ET DE CERTAINES PRATIQUES CONTRACTUELLES

Hervé JACQUEMIN

CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR
CHARGÉ DE COURS INVITÉ À L'UCL
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

Introduction

1. Formalisme contractuel et assurances. La vie du contrat d'assurance (1), de la période précontractuelle à sa dissolution, est rythmée par l'accomplissement de nombreuses exigences de forme.

Les dispositions légales ou réglementaires applicables imposent ainsi un formulaire, un écrit, une copie, une police, un avenant, un support papier ou un support durable. Le cas échéant, ceux-ci doivent être signés, revêtus de certaines mentions (relatives à la durée du contrat, à l'identité des parties ou au montant de la prime, par exemple) ou transmis suivant des modalités précises (par lettre recommandée à La Poste ou par exploit d'huissier, par exemple).

Le constat n'étonne guère. À l'instar d'autres secteurs (droit de la consommation, droit du travail, contrats commerciaux réglementés), le droit des assurances est révélateur d'un phénomène de renaissance du formalisme contractuel, initié au début du XX^e siècle, et qui a connu un développement considérable à la moitié de ce siècle et spécialement depuis le début des années nonante (2).

(1) Pour reprendre la formule de M. Houben, « comme un être vivant, le contrat d'assurance naît, vit un certain temps, se modifie au fil des jours et meurt enfin de sa belle mort » (M. HOUBEN, « La vie du contrat d'assurance », in B. DUBUISSON et P. JADOUL (sous la dir. de), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Dix années d'application*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 15).

(2) Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 37 et s., n° 17 et les réf. citées.

2. Cadre normatif complexe. Les formalités applicables au contrat d'assurance sont notamment prescrites par la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (3) (ci-après, LCAT), qui célèbre son vingtième anniversaire à l'heure où nous écrivons ces lignes et à laquelle la présente contribution sera principalement consacrée.

D'autres dispositions légales ou réglementaires seront également examinées.

Les unes sont propres au droit des assurances, tels la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurance (4) (ci-après, loi de contrôle), l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances (5) (ci-après, arrêté de contrôle) ; la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances (6) (ci-après, loi sur l'intermédiation en assurance) ou l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie (7) (ci-après, arrêté vie).

D'autres dispositions normatives possèdent quant à elles un champ d'application assez large et doivent par conséquent être observées dans de nombreux domaines, parmi lesquels figurent, notamment, les assurances. On songe à la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (8) (ci-après, LPMC), à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (9) (ci-après, LSSI) ou à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après, LVP) (10).

Il en résulte un cadre normatif complexe : suivant l'objet du contrat d'assurance (assurance-vie, assurance-voyage, assurance incendie, assurance automobile, etc.), l'intervention d'un intermédiaire, la qualité du preneur (consommateur ou entreprise), voire encore le mode de conclusion du contrat (en présence physique des parties ou à distance et, éventuellement, par voie électronique), certains textes devront ou, au contraire, ne devront pas, être observés dans l'hypothèse en question.

3. Plan de la contribution. Dans un premier temps, un panorama des principales exigences de forme applicables au contrat d'assurance sera

(3) *M.B.*, 20 août 1992.

(4) *M.B.*, 29 juillet 1975.

(5) *M.B.*, 11 avril 1991.

(6) *M.B.*, 14 juin 1995.

(7) *M.B.*, 14 novembre 2003.

(8) *M.B.*, 12 avril 2010.

(9) *M.B.*, 17 mars 2003.

(10) *M.B.*, 18 mars 1993.

réalisé (§ 1). Cette première partie sera l'occasion de faire le point sur les règles de forme prescrites par la LCAT ou les autres législations propres au droit des assurances, à la lumière de la jurisprudence récente. Les fonctions poursuivies par les formalités seront également examinées, dès lors que cet élément doit être la clé d'interprétation permettant de désigner la sanction la plus efficace ou d'articuler les normes à appliquer de manière concurrente.

Ensuite, nous nous pencherons sur deux questions directement liées au formalisme du contrat d'assurance et dont l'analyse revêt un intérêt particulier, deux décennies après l'adoption de la loi du 25 juin 1992.

La première question concerne le recours aux technologies de l'information et de la communication, en particulier l'internet, à l'une ou l'autre étape du processus contractuel (§ 2). Dès lors que, pour la plupart, les formalités ont été conçues dans un environnement « papier », il faut établir de quelle manière elles peuvent être accomplies valablement par voie électronique. Nous verrons également si des règles additionnelles – pas nécessairement des règles de forme – doivent être respectées lorsque le rapport contractuel est noué dans l'environnement numérique.

La seconde question a trait aux exigences formelles qui doivent être observées pour modifier les conditions contractuelles ou tarifaires d'un contrat (§ 3). Il semble en effet que les règles prescrites par les dispositions légales ou réglementaires, qui imposent actuellement un formalisme rigoureux, d'une part, la pratique contractuelle développée par les compagnies d'assurance et qui tend au contraire à privilégier d'autres modes d'extériorisation de la volonté, d'autre part, ne soient pas parfaitement convergentes.

§ 1. – *Panorama des exigences de forme en droit des assurances*

4. Méthodologie retenue pour présenter les règles de forme. Plusieurs méthodologies peuvent être retenues pour présenter les règles de forme en droit des assurances. Ainsi, on pourrait analyser de manière transversale leurs manifestations principales (écrit, signature, mentions, etc.), les classer dans les catégories usuelles du formalisme contractuel, élaborées au fil du temps par la doctrine (formalisme solennel, formalisme probatoire, formalisme d'information, etc.), voire encore distinguer suivant l'étape du processus contractuel à laquelle la formalité est requise.

Dans cette contribution, nous combinons ces méthodologies pour privilégier une approche pragmatique qui fait la part belle à l'examen de dispositions régulièrement invoquées.

D'abord, nous veillons à faire le point sur le régime de l'article 10 de la LCAT qui régit la preuve du contrat d'assurance et de ses modifications (A).

Ensuite, nous nous penchons sur les modalités de transmission de l'information qui doivent être observées au moment de résilier le contrat ou de mettre en demeure le preneur en cas de non-paiement des primes (B).

Enfin, nous examinons les nombreuses obligations d'information – accompagnées des formes corrélatives – prescrites de manière éparse par les nombreuses dispositions légales ou réglementaires propres au droit des assurances et qui témoignent d'une renaissance du formalisme contractuel, visant à protéger une partie supposée faible au rapport contractuel (C).

Dans chaque hypothèse, les manifestations des exigences de forme, ainsi que leurs fonctions et la sanction de leur inobservation, sont étudiées.

A. Preuve et contenu du contrat conformément à l'article 10 de la LCAT

5. Architecture et prescrit de l'article 10 de la LCAT. L'article 10 de la LCAT, intitulé « preuve et contenu du contrat », est divisé en trois paragraphes (11).

Le premier consacre la règle de la prééminence de l'écrit pour prouver le contrat d'assurance et ses modifications ou pour prouver contre ou outre le contrat. Le deuxième paragraphe énonce les mentions qui doivent figurer dans le contrat.

Quant au dernier paragraphe, il exige de l'assureur qu'il délivre « au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat, une copie des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir ». Cette exigence, plus spécifique, est indépendante de celles qui sont établies par les deux premiers paragraphes de l'article 10 (lesquelles sont d'ailleurs étroitement liées l'une à l'autre). Aussi ne l'analyserons-nous pas davantage dans ce premier point (12).

(11) Sur la preuve du contrat d'assurance, voy. de manière générale, H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », *R.G.A.R.*, 2006, n° 14091 ; G. JOUËT, « Het bewijs van de contractvoorwaarden in verzekeringen », *Bull. ass.*, 2008, pp. 5 et s. ; L. SCHUERMAN, *Grondslagen van het Belgisch Verzekeringsrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2008, pp. 273 et s. ; N. SCHMITZ, « La charge et l'objet de la preuve en droit des assurances », note sous Liège, 10 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 1178-1179 ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 321 et s., n° 459 et s. ; J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, t. 3, Droit privé des assurances terrestres, Bruxelles, Kluwer, 2011, pp. 332 et s., n° 668 et s. ; Ph. COLLE, *Algemene beginselen van het Belgische verzekeringsrecht*, 5^e éd., Anvers, Intersentia, 2011, pp. 45 et s., n° 44 et s.

(12) La fonction de cette règle de forme est de fournir au preneur une preuve de ses déclarations. Si d'aventure l'assureur lui reproche une omission ou une inexactitude dans la déclaration initiale (voy. les articles 5 à 7 de la LCAT), il pourra vérifier aisément ce qu'il en est (M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 180, n° 247 ; voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance

6. Plan des développements. Nous analysons successivement les formalités prescrites par l'article 10, §§ 1^{er} et 2 (1), leur champ d'application (2) ainsi que les fonctions des exigences et la sanction de leur inobservation (3).

1. Formalités prescrites par l'article 10 de la LCAT

7. Écrit. À l'instar de l'article 1341 du Code civil (13), deux règles se dégagent de l'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la LCAT. Elles consacrent la prééminence de la preuve littérale sur les présomptions et les témoignages.

La première règle impose l'écrit pour prouver le contrat d'assurance ou ses modifications.

La seconde interdit la preuve par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte. Dans cette hypothèse, un écrit a été rédigé mais l'une des parties estime qu'il contient des incertitudes et des omissions (*prouver outre*) ou qu'il n'est pas conforme à la réalité en raison, par exemple, de modifications apportées postérieurement à sa rédaction (*prouver contre*). Les présomptions et les témoignages sont irrecevables (14) et un écrit doit nécessairement être produit.

8. Signature. Même si l'exigence n'est pas expressément mentionnée, on estime généralement que, comme en droit commun, l'écrit requis conformément à l'article 10 de la LCAT doit être revêtu de la signature de la partie contre laquelle il faut prouver (15).

terrestre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, p. 21). On peut se demander comment sanctionner l'inobservation de l'article 10, § 3, de la LCAT. Si la sanction intervient sur le plan probatoire, on voit mal à quels niveaux pourrait jouer l'irrecevabilité ou la diminution de la valeur probante. Si l'assureur ne délivre pas la copie, le preneur pourra difficilement vérifier si les omissions ou les inexactitudes qu'on lui reproche sont pertinentes. Concrètement, l'assureur n'est sanctionné en aucune manière et il se soustrait parfois à cette obligation. En pratique, en cas de conflit, on lui demandera de produire une copie des renseignements. *A priori*, l'obligation pourrait être supprimée. Mais puisque le législateur a entendu la maintenir lors de la modification législative de 2005 (exposé des motifs du projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1776/1, p. 45), il conviendrait à tout le moins de garantir son observation, en assortissant son non-respect d'une sanction dissuasive (pour une proposition, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », *op. cit.*, n° 37).

(13) Sous réserve de quelques nuances, elles sont similaires aux deux règles de l'article 1341 du Code civil. Les deux règles de l'article 1341 du Code civil sont les suivantes : d'une part, les présomptions et les témoignages ne sont pas recevables pour prouver un acte juridique de plus de 375 euros (1^{re} règle), d'autre part, pour prouver contre ou outre un écrit, un autre écrit est requis (2^e règle).

(14) Refusant ainsi la preuve par témoignage des légataires d'un défunt : Civ. Bruges, 23 mars 2004, *T. Not.*, 2004, p. 689, note F. BOUCKAERT. À noter que, conformément à l'article 106, § 1^{er}, al. 2, de la LCAT, « la preuve du droit du bénéficiaire est établie conformément à l'article 10 ».

(15) E. VIEUJEAN, « Le contrat d'assurance aujourd'hui », in *Questions de droit des assurances*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1996, p. 196 ; K. TROCH en Ph. COLLE, « Verzekeringen & Internet : Living apart together ? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 646, n° 17 ; Ch.-A. VAN OLDENEEL, « Contrats électroniques d'assurance », *E-Business en assurance*, Dossier du *Bull. ass.*, 2003, n° 9, p. 107. En jurisprudence, voy. par ex. Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 132, note Ph. COLLE ; Civ. Bruges, 22 novembre 1995, *T.A.V.W.*, 1997, p. 199 ; Gand, 5 février 2004, *Bull. ass.*, 2004, p. 687.

9. Mentions. L'article 10, § 2, de la LCAT dispose que « le contrat d'assurance mentionne au moins : 1° la date à laquelle le contrat d'assurance est conclu et la date à laquelle l'assurance prend cours ; 2° la durée du contrat ; 3° l'identité du preneur d'assurance et, le cas échéant, de l'assuré et du bénéficiaire ; 4° le nom et l'adresse de l'assureur ou des coassureurs ; 5° le cas échéant, le nom et l'adresse de l'intermédiaire d'assurance ; 6° les risques couverts ; 7° le montant de la prime ou la manière de la déterminer ».

En pratique, la plupart des polices sont nettement plus détaillées et d'autres aspects de la relation contractuelle sont également précisés (16).

10. Exemplaires multiples. En matière de preuve, il faut également mentionner l'application de l'article 1325 du Code civil (formalité du « double » ou des « originaux multiples ») (17). La théorie générale des obligations et des contrats – en ce compris le droit commun de la preuve – doit en effet être appliquée pour les aspects qui ne sont pas réglés par les dispositions légales ou réglementaires spécifiques au droit des assurances.

Suivant cet article, chaque partie ayant un intérêt distinct doit disposer d'un *instrumentum* original – c'est-à-dire signé par celui à qui on l'oppose –, sur lequel figure le nombre d'originaux établis.

Dans un arrêt du 20 janvier 1984, la Cour de cassation a rappelé que, conformément à l'article 25 de la loi du 11 juin 1874 (actuellement, l'article 10 de la LCAT), le contrat d'assurance doit être prouvé par écrit. Elle précise néanmoins qu'« en raison de l'article 25 du Code de commerce, l'article 1325 du Code civil n'est pas applicable et [...] plusieurs originaux ne devaient pas être rédigés » (18). Les travaux préparatoires de la LCAT vont dans ce sens : il est indiqué dans l'exposé des motifs que « le projet n'entend pas s'écarter de la solution admise par la doctrine et la jurisprudence, suivant laquelle l'article 1325 ne s'applique pas aux contrats d'assurance conclus par deux personnes commerçantes » (19).

(16) En ce sens, M. FONTAINE, *Droit des assurances*, op. cit., p. 325, n° 465.

(17) Sur l'application de l'article 1325 C. civ. en matière d'assurance, voy. P. LALOUX, *Traité des assurances terrestres en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1944, pp. 83-84, n° 99 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 33, n° 2437 ; Ph. COLLE, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1991, pp. 141-143, n° 7-9 ; F. PONET, « De landverzekeringsovereenkomst in het algemeen : bepalingen betreffende alle verzekeringsovereenkomsten », in *De landverzekeringsovereenkomst. Praktische commentaar bij de wet van 25 juni 1992*, Antwerpen, Kluwer, 1993, p. 64, n° 195 ; E. VIEUVEAN, op. cit., pp. 196-197 ; L. SCHUERMANS, op. cit., p. 275, n° 371 ; H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », op. cit., n° 9 ; M. FONTAINE, op. cit., p. 322, n° 461.

(18) Cass., 20 janvier 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 552. Dans le même sens déjà, P. LALOUX, op. cit., pp. 83-84, n° 99.

(19) Exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, p. 21. On peut regretter que les travaux préparatoires se fondent sur la qualité des contractants et pas sur la nature de l'acte. On pourrait imaginer qu'un preneur

Autrement dit, l'article 1325 du Code civil ne doit être respecté que lorsqu'il s'agit de prouver contre le preneur et que le contrat est de nature civile dans son chef.

2. Champ d'application de l'article 10 de la LCAT

11. Droit commun de la preuve et article 10 de la LCAT. Le champ d'application de l'article 10 de la LCAT est, au premier chef, déterminé par les conditions *ratione materiae* ou *personae* qui circonscrivent le domaine d'application de la LCAT. Celles-ci sortent du cadre de la présente contribution et ne seront donc pas examinées.

Aussi nous penchons-nous plus particulièrement sur les points communs ou les différences entre l'article 10 de la LCAT et le droit commun de la preuve (art. 1341 C. civ.).

À la différence du droit commun de la preuve, l'article 10 de la LCAT s'applique non seulement en matière civile mais également en matière commerciale (20). En outre, s'agissant de la preuve du contrat et de ses modifications, aucune condition de montant n'est imposée (21). Par rapport au droit commun de la preuve, le formalisme probatoire du contrat d'assurance est ainsi renforcé puisqu'un plus grand nombre d'actes juridiques sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la règle.

Comme en droit commun de la preuve, l'article 10 de la LCAT ne s'applique qu'entre parties. La Cour de cassation l'a clairement affirmé dans un arrêt du 24 septembre 2008, en jugeant que « cette règle n'est pas applicable au tiers lui-même qui, se prévalant d'un contrat d'assurance couvrant le dommage dont il a été victime et postulant la condamnation solidaire du responsable et de son assureur, peut prouver contre eux l'existence du contrat par toute voie de droit, y compris par témoignage et présomption » (22).

possédant la qualité de commerçant souscrive une assurance auto et que ce contrat soit de nature civile dans son chef. L'article 1325 du Code civil devrait selon nous être respecté puisque l'article 25 du Code de commerce n'est pas applicable à son égard.

(20) Cet élément permet de distinguer l'article 10 de la LCAT de l'article 1341 du Code civil. Ce dernier exclut de son champ d'application la preuve des actes juridiques qui sont de nature commerciale dans le chef de la personne contre laquelle la preuve doit être apportée. On note d'ailleurs que la règle de l'article 25 du Code de commerce s'applique « sauf les exceptions établies pour les cas particuliers », ce qui est le cas avec l'article 10 de la LCAT. En jurisprudence, voy. par ex. Liège, 2 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 437.

(21) À la différence de la 1^{re} règle de l'article 1341 du Code civil, cette disposition ne fixe aucun montant au-delà duquel la preuve par témoignages ou présomptions ne peut être reçue, ce qui doit être approuvé (sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », op. cit., n° 7).

(22) *Bull. ass.*, 2010, p. 159.

On note encore que cette disposition est susceptible de s'appliquer à tous les stades du processus contractuel : lors de la conclusion du contrat ou lors de son exécution, si l'une des parties souhaite modifier le contrat, par exemple (23). On aurait d'ailleurs difficilement compris qu'il n'en soit pas ainsi. Les règles de l'article 10 auraient été vidées de leur substance s'il avait été possible de prouver autrement que par écrit les modifications apportées à la convention initiale. On verra cependant qu'en pratique, la preuve n'est pas nécessairement rapportée de cette manière (*infra*, n° 48).

3. Fonctions des règles de forme et sanction de leur méconnaissance

12. Fonction probatoire. On considère généralement que les exigences prescrites par l'article 10, §§ 1^{er} et 2, de la LCAT, ressortissent au formalisme probatoire. Le contrat d'assurance est en effet de nature consensuelle (24) : le consentement des parties suffit pour former le contrat et sa validité n'est pas subordonnée à l'observation d'exigences de forme déterminées.

S'agissant du premier paragraphe de l'article 10, l'affirmation paraît difficilement contestable. En son alinéa 1^{er}, cette disposition énonce en effet que, « sous réserve de l'*aveu* et du *serment*, et quelle que soit la valeur des engagements, le contrat d'assurance ainsi que ses modifications se *prouvent* par écrit entre parties. Il n'est reçu *aucune preuve* par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu de l'acte ». Les termes utilisés, que nous avons soulignés, font clairement référence à la preuve. Les autres alinéas confirment l'analyse : le second alinéa autorise la preuve par témoins ou par présomptions lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit et le troisième alinéa déclare l'article 1328 du Code civil inapplicable.

(23) Voy. par ex. Anvers, 3 février 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 57 ; Cass., 30 mai 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13872 ; *R.A.B.G.*, 2004, p. 723, et la note de G. JOCQUÉ, « Bewijs van de wijziging van de verzekeringsovereenkomst », *Bull. ass.*, 2004, p. 105, note F. DOFFAGNE, « Betalen van de nieuwe premie impliceert akkoord ».

(24) F. PONET, *op. cit.*, p. 63, n° 192 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 130, n° 171 ; M.-A. CRLINS, « La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Philosophie générale et présentation des dispositions communes à tous les contrats », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Droit des assurances*, Liège, Formation permanente CUP, 1996, p. 73, n° 127 ; L. KERZMANN, « Du neuf en matière de clauses et de pratiques abusives en assurances de personne. Commentaire des ordonnances ING, Fortis AG et DKV du 16 juin 2003 », *D.C.C.R.*, 2004, p. 42. En ce sens, voy. aussi Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 660. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/1, pp. 20-21 : « l'écrit n'est [...] exigé que pour la preuve : le contrat d'assurance n'est pas un contrat solennel, il naît par le consentement des parties mais celles-ci doivent avoir la possibilité de disposer d'un document écrit contenant leurs obligations réciproques ».

On estime également que les mentions prescrites par l'article 10, § 2, de la LCAT ressortissent au formalisme probatoire (25). D'ailleurs, c'est à ce niveau que la sanction intervient : seule la validité de l'*instrumentum* est affectée en cas de manquement à cette disposition (sur ce point, voy. *infra*, n° 13). On peut certes le regretter et plaider, *de lege ferenda*, pour l'établissement de sanctions conformes aux objectifs poursuivis par cette disposition – protéger le preneur en garantissant un consentement éclairé et en lui permettant de disposer des informations utiles en cours de contrat (voy. *infra*, n° 17) –, il n'en reste pas moins que, *de lege lata*, ce paragraphe reste une règle de preuve (26).

S'agissant de formalités probatoires, leur finalité est d'offrir à toutes les parties un moyen de preuve efficace, pour éviter les contestations et garantir la sécurité des relations contractuelles (27).

13. Sanction du non-respect des formes requises à titre probatoire. De manière générale, le non-respect des formalités probatoires a pour effet de rendre plus difficile, voire impossible, la preuve des obligations, dans le chef de celui-ci qui doit en supporter la charge.

Pour comprendre en quoi consiste cette sanction, plusieurs notions doivent être précisées. Schématiquement, lorsqu'un *instrumentum* a été établi mais qu'il est irrégulier, il est *annulé* (ou mieux, *converti*). En conséquence, dans cette hypothèse, voire en l'absence de tout *instrumentum*, la partie sur laquelle repose la charge de la preuve ne dispose pas d'un moyen de preuve *recevable* ou, s'il est recevable, sa *force probante* (ou sa *valeur probante*) est inférieure à celle d'un moyen de preuve valablement

(25) En ce sens, B. DUBUISSON, « La norme impérative dans le droit du contrat d'assurance », in *Liber amicorum Hubert Claessens. Assurance : théorie et pratique*, Anvers, Maklu, 1998, pp. 134-135, n° 35 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, p. 210. Voy. aussi les auteurs cités *infra*, note 28. À propos de la date, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : De la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 144.

(26) D'après nous, il n'est pas cohérent d'affirmer que, contrairement à l'écrit (article 10, § 1^{er}), les mentions (article 10, § 2) ne ressortiraient pas au formalisme probatoire et devraient dès lors être sanctionnées différemment. Des auteurs estiment pourtant que la sanction de l'inobservation des mentions prescrites par l'article 10, § 2, est la nullité prétorienne. Selon L. CORNELIS et R. GEELIN, en raison du caractère impératif de la loi, l'absence des éléments essentiels du contrat est sanctionnée de nullité relative (L. CORNELIS et R. GEELIN, « Toetsing aan het algemeen (verbintenissen) recht van de gemeenschappelijke bepalingen met betrekking tot de totstandkoming van de landverzekeringsovereenkomsten (article 4-10 van de Wet van 25 juni 1992 op de landovereenkomst) », *R.D.C.*, 1994, p. 408, n° 41). De manière générale, ils considèrent que le problème tient au fait que le contenu de l'*instrumentum* correspond nécessairement à celui du *negotium* : l'absence d'un élément de l'*instrumentum* n'a pas seulement une incidence sur le plan probatoire mais affecte également la validité du *negotium*. Pour une critique de cette position, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 265 et s., n° 197.

(27) H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 244 et s., n° 186.

constitué (sur les notions de force probante ou de valeur probante, voy. *infra*, n° 16). Suite à cela, il lui est *plus difficile de prouver* ce qu'elle allègue.

Pour présenter ces différentes notions et expliquer précisément comment les articuler, nous examinons, d'une part, l'incidence de l'irrégularité formelle sur la validité de l'*instrumentum*, autrement dit son annulation (ou sa conversion), d'autre part, l'incidence de l'annulation (ou de la conversion) de l'*instrumentum*, voire l'absence de tout *instrumentum*, sur le *negotium*, qui est plus difficile à prouver.

En raisonnant comme en droit commun de la preuve, il faudrait considérer que, lorsque les formalités de l'article 10 de la LCAT n'ont pas été observées, la sanction consiste en la nullité de l'*instrumentum*. La nullité serait de mise, par exemple, en l'absence de signature ou si les mentions prescrites par l'article 10, § 2, de la LCAT font défaut (28). À nos yeux, la « nullité » de l'*instrumentum* ne désigne pas adéquatement la sanction de l'inobservation des formes. Dès lors que l'*instrumentum* produit toujours certains effets, qui peuvent être exploités utilement en matière probatoire, il nous semble plus indiqué de parler de conversion (29). Par application des règles propres à la théorie des nullités, il faut en principe considérer que la nullité qui frappe l'*instrumentum* irrégulier opère de manière rétroactive, *ex tunc*. Lorsque la nullité est prononcée, celui-ci ne peut donc produire aucun effet pour l'avenir. Pourtant, lorsque les formalités prescrites n'ont pas été observées, des effets sont reconnus à l'*instrumentum* irrégulier : on estime en effet que l'écrit, nul en tant qu'acte sous seing privé, peut valoir comme commencement de preuve par écrit (30) ou constituer, au moins, une présomption. Ce faisant, on le convertit en commencement de preuve par écrit ou en présomption. Ce constat nous conduit à penser qu'il faut préférer la conversion à la nullité.

(28) Dans ce cas, l'*instrumentum* n'est pas valable mais il peut être invoqué au titre de commencement de preuve par écrit (E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 197 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 325, n° 465, note 1193 ; L. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 277, n° 374).

(29) H. JACQUEMIN, « La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel », in *La nullité des contrats, Formation permanente CUP*, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 136-137, n° 37.

(30) Pour justifier le commencement de preuve par écrit, H. De Page estime que « l'acte est nul comme acte, c'est-à-dire comme preuve complète. Mais on ne peut en déduire qu'il ne puisse valoir comme commencement de preuve. Le commencement de preuve ne constitue pas une preuve complète, comme on est tenté de le croire en pratique, dans notre cas. Il ne fait que donner ouverture à la preuve elle-même » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 832, n° 805, note 1. Voy. aussi J. LIMPENS et R. KRUTHOF, « Examen de jurisprudence (1960-1963). Les Obligations », *R.C.J.B.*, 1964, p. 542, n° 146, qui considèrent que « l'acte est nul en tant que preuve littérale complète »).

Pour comprendre comment la nullité (ou la conversion) de l'*instrumentum* rend plus difficile, voire même impossible dans certaines hypothèses concrètes, la preuve des obligations, il faut raisonner en termes de « recevabilité », « force probante » ou « valeur probante ». À ce propos, nous aurons l'occasion de montrer qu'en préférant la conversion à la nullité, le lien entre cette sanction et la difficulté de prouver apparaît plus clairement.

En principe, sous réserve des hypothèses dans lesquelles la preuve peut être apportée autrement que par un écrit signé (*infra*, n° 14 et s.), seul l'écrit est recevable (31). Les présomptions et les témoignages sont irrecevables.

La police d'assurance à laquelle il manque la signature (32) ou les mentions de l'article 10, § 2, de la LCAT est irrégulière et, en principe, irrecevable. En cas de contestation, à moins d'invoquer l'un des moyens de défense propres aux règles de preuve (*infra*, n° 14 et s.), l'acte juridique ne pourra pas être prouvé. On peut en effet considérer que l'écrit irrégulier est converti en présomption (33). Or, dans les hypothèses visées à l'article 10 de la LCAT, les présomptions sont irrecevables.

14. Comment échapper au non-respect des formes probatoires ? Pour échapper à cette sanction, la personne sur laquelle repose la charge de la preuve peut espérer un aveu ou déférer le serment à son adversaire (*infra*, n° 15). Elle peut également se fonder sur un commencement de preuve par écrit ou sur une impossibilité de prouver par écrit, pour rendre admissibles les présomptions et les témoignages (*infra*, n° 16).

15. Aveu ou serment. L'article 10, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la LCAT, s'applique « sous réserve de l'aveu et du serment » (34). Conformément au droit commun, ces deux modes de preuve sont recevables en toute hypothèse.

(31) Lorsqu'il est question de recevabilité, on vise généralement « l'admissibilité d'un mode de preuve en justice » (D. MOUGENOT, *La preuve*, 3^e éd., tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 74-75, n° 14-2). Il s'agit du premier contrôle auquel est soumise la preuve : le juge doit en effet déterminer s'il reçoit la preuve qui lui est présentée.

(32) Voy. par ex. Liège, 2 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 437 (hypothèse d'un avenant non signé par l'assureur).

(33) La Cour de cassation a d'ailleurs admis que la présomption de l'homme pouvait résulter d'un écrit non signé : voy. Cass., 5 février 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 641 ; J. LIMPENS et R. KRUTHOF, *op. cit.*, p. 548, n° 164.

(34) De ces deux modes de preuve, c'est généralement l'aveu qui sera invoqué. Les développements qui suivent se limiteront donc à celui-ci. Pour une application en matière de serment litisdiscoire, voy. néanmoins Civ. Bruxelles, 27 avril 1896, *Pas.*, 1896, III, p. 219.

La force probante de l'aveu est particulièrement élevée, en quelque sorte absolue (35). Peu importe son intime conviction, le juge est lié par l'aveu. S'il doute de la sincérité des propos avoués ou même s'il existe des présomptions en sens contraire, il doit s'y conformer. Il en va de même pour le serment : le juge doit en effet statuer dans le sens de celui-ci (36).

L'aveu peut être écrit ou oral. Il est généralement exprès mais on admet qu'il soit tacite et résulte du comportement de la partie à laquelle on l'oppose. Nous reviendrons sur l'hypothèse de l'aveu en action par la suite, au moment d'aborder la modification des conditions contractuelles et tarifaires (*infra*, n° 48).

Si l'aveu – spécialement l'aveu extrajudiciaire tacite dûment prouvé – ou, dans une moindre mesure le serment, permettent parfois d'établir la preuve du contrat, il faut être conscient du caractère aléatoire de ces modes de preuve. On abandonne en effet l'issue du procès à l'autre partie. Et dans une situation conflictuelle, il est à craindre que celle-ci n'avoue pas ou prête le serment dans le sens qui lui est favorable.

16. Commencement de preuve par écrit et impossibilité de prouver par écrit. Aux termes de l'article 10, § 1^{er}, alinéa 2, de la LCAT, « lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins ou par présomptions est admise » (37). Encore faut-il que les conditions du commencement de preuve par écrit, établies à l'article 1347, alinéa 2, du Code civil, soient réunies : elles exigent un écrit, émanant de celui à qui on l'oppose et rendant vraisemblables les faits allégués. Dans l'affirmative, les témoignages et les présomptions deviennent recevables (38). Ils sont, du reste, requis : le commencement de preuve par écrit est un adminicule de preuve, insuffisant en soi (39).

(35) Sur la force probante de l'aveu, H. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 1084-1085, n° 1016 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Evolution récente de la jurisprudence et de la doctrine en matière d'aveu », in *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., p. 18 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 340, n° 772 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 340, n° 288.

(36) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 1136, n° 1060 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 384-385, n° 897 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 352, n° 303. Voy. aussi l'article 1363 C. civ. : « lorsque le serment déferé ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté ».

(37) Pour une application, voy. Liège, 17 mars 2003, *Bull. ass.*, 2003, p. 660.

(38) À cet égard, voy. Cass., 6 février 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 82 ; R.D.C., 2005, p. 1060, note C. VAN SCHOUWBROECK, où la Cour décide « qu'en admettant, par les motifs que le moyen reproduit et critique, la preuve par présomptions de l'existence et du contenu du contrat d'assurance conclu entre les parties, sans relever l'existence d'un commencement de preuve par écrit, le jugement attaqué viole l'article 10, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 26 juin 1992 ». En l'occurrence, le contrat ne peut être produit par l'assureur, ce qui l'empêche, selon le juge d'appel, de démontrer l'existence de la clause d'exclusion qu'il tire du contrat.

(39) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 173, n° 360 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 127, n° 61 ; Cass., 6 novembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 298 ; Mons, 18 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 370. En matière d'assurances, voy. J. P. Beringen, 10 février 1961, *Bull. ass.*, 1963, p. 254.

En matière d'assurance, cette exception permettra souvent d'obtenir gain de cause. En l'absence de police, d'autres écrits satisfaisant aux conditions de l'article 1347 du Code civil pourront être utilement invoqués pour prouver le contrat. De nombreux documents ont en effet été échangés au cours du processus contractuel : proposition d'assurance, demande d'assurance, correspondances diverses, etc. (40) De même, si la police a été rédigée mais présente une irrégularité, elle pourra éventuellement constituer un commencement de preuve par écrit. Conformément au droit commun de la preuve, tel est le cas lorsque l'écrit n'est pas signé (41) ou dès lors que le prescrit de l'article 1325 du Code civil n'a pas été respecté (42). Si l'une des mentions imposées par l'article 10, § 2, de la LCAT vient à manquer, l'*instrumentum* pourrait également valoir comme commencement de preuve par écrit (43). La réunion des conditions doit cependant être vérifiée dans chaque cas d'espèce : dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Liège, celle-ci a décidé qu'en l'absence de signature du preneur, un avenant ne pouvait pas être considéré comme un commencement de preuve par écrit, dès lors qu'il n'émanait pas de celui à qui il était opposé (le preneur) (44).

Le paiement des primes, s'il peut être vu comme un aveu en action (*supra*, n° 15 et surtout, *infra*, n° 48), a également été considéré comme un commencement de preuve par écrit. Plus précisément, dès lors que le paiement en tant que tel ne constitue pas un écrit, comme l'exige l'article 1347 du Code civil, il convient de se fonder, par exemple, sur les formulaires de virement utilisés pour réaliser le paiement (45). Cet écrit doit aussi émaner de celui contre qui on l'oppose (en l'occurrence, le preneur) et rendre vraisemblable le fait allégué.

(40) P. LALOUX, *op. cit.*, p. 84, n° 100 ; Ph. COLLE, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, *R.G.D.C.*, 1991, p. 143, n° 10 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 321, n° 460. En jurisprudence, voy. par ex. Cass., 24 mars 1986, *R.W.*, 1986-1987, p. 483 ; Liège, 15 mai 1972, *R.G.A.R.*, 1972, n° 8887 ; Civ. Courtrai, 22 mars 1928, *R.G.A.R.*, 1928, n° 448, obs. O.M.

(41) Civ. Turnhout, 21 mai 1987, *R.G.D.C.*, 1988, p. 171 ; Civ. Bruges, 22 novembre 1995, *T.A.V.W.*, 1997, p. 199 (absence de signature d'un avenant) ; Gand, 5 février 2004, *Bull. ass.*, 2004, p. 687.

(42) En droit commun de la preuve, voy. Civ. Liège, 27 septembre 1983, *J.L.*, 1984, p. 245 ; Civ. Liège, 2 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 407 (somme) ; J.P. Herstal, 21 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 34.

(43) Voy. *supra*, note 28.

(44) Voy. Liège, 2 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 437.

(45) Voy. toutefois Liège, 4 juin 2008, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14707, qui ne fait pas une telle distinction et juge, de manière générale, que « le paiement bancaire effectué par l'appelante de 4000 EUR le [...] à valoir sur les primes dues constituent un commencement de preuve par écrit : il émane de l'appelante à qui l'intimée l'oppose et rend vraisemblable qu'il y ait eu formation du contrat d'assurance avec notamment accord sur les primes dues » (on note d'ailleurs que la première condition de l'article 1347 du Code civil – l'écrit – n'est pas reprise par la Cour d'appel). Voy. aussi Liège, 2 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 437. Sur cette question, voy. H. JACQUEMIN, « Questions de preuve posées par le paiement », in *Le paiement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, n° 34.

L'article 10 de la LCAT ne mentionne pas l'exception fondée sur l'article 1348 du Code civil : impossibilité matérielle, morale ou résultant des usages ou perte de l'écrit. Doit-on en conclure que, par dérogation au droit commun, cette exception ne peut être invoquée pour pallier l'absence d'écrit ? La réponse est négative. On estime en effet que cette disposition est applicable en matière d'assurance (46). En cas de perte de l'écrit, l'article 1348, 4°, peut ainsi être invoqué (47). Il en va de même s'il y a impossibilité de se constituer un écrit même si, en pratique, il est peu probable qu'une telle situation se présente (48).

Si le commencement de preuve par écrit ou l'impossibilité de prouver par écrit permettent souvent d'échapper à la perte du procès en rendant admissibles les présomptions et les témoignages, il faut insister sur le fait que la preuve par écrit demeure nettement supérieure. Entre parties, la force probante de l'écrit est en effet assez élevée (49). Le pouvoir d'appréciation du juge est extrêmement réduit : passé le préalable de la reconnaissance, on présume que l'écrit émane du signataire et que celui-ci y a adhéré (art. 1322 C. civ.). Quelle que soit sa conviction, le juge ne peut décider de ne pas tenir compte de ce que l'acte prescrit. Et pour prouver le contraire, les parties sont tenues de respecter la seconde règle de l'article 10 de la LCAT : un écrit est donc requis. Il en va tout autrement des présomptions et des témoignages. La loi ne leur donne pas de force probante : le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour les examiner et leur accorder éventuellement une certaine valeur probante (50) (51).

17. Regard critique sur la sanction du non-respect de l'article 10, § 2, de la LCAT. Lorsque la méconnaissance des formes est

(46) De manière générale, E. VIEUJEAN, *op. cit.*, p. 196.

(47) P. LALOUX, *op. cit.*, p. 85, n° 102.

(48) *Ibid.*

(49) La force probante d'un acte est « le degré, l'intensité quant à la preuve que la loi lui reconnaît et qui s'impose au juge : acte faisant preuve jusqu'à inscription de faux, jusqu'à preuve du contraire, quelle preuve contraire, commencement de preuve... » (F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 486, n° 36). D. Mougenot précise le sens de la notion en indiquant que « la force probante est l'intensité avec laquelle un mode de preuve lie le juge et les parties » (D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 75, n° 14-2. Cet auteur se fonde notamment sur la définition donnée par N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 195, n° 397 et s.).

(50) La valeur probante d'une preuve est « son aptitude à emporter la conviction du juge » (D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 75, n° 14-2). C'est « la crédibilité, la confiance, le crédit, le sérieux que le juge peut lui accorder en conscience » (F. DUMON, « De la motivation des jugements et arrêts et de la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, pp. 486-487, n° 36).

(51) Pour les témoignages, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 881, n° 854 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 402, n° 946 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 280-281, n° 225 ; Cass., 1^{re} février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 643 ; Liège, 12 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 391. Pour les présomptions, voy. les termes de l'article 1363 C. civ. ; en doctrine, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 957, n° 929 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 414, n° 971 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 285, n° 239.

sanctionnée sur le terrain probatoire, la mesure n'est pas appropriée et ne permet pas, à nos yeux, de contribuer à la protection de la partie faible. Pour le démontrer, nous partons de l'hypothèse que la police n'énonce pas le montant de la prime, en violation de l'article 10, § 2, 7°, de la loi sur le contrat d'assurance. Cette mention a clairement pour but de protéger la partie faible en veillant à ce que son consentement soit éclairé et réfléchi (*a priori*, la prime est un élément déterminant pour le consentement).

À notre estime, la sanction n'est pas suffisamment sévère et dissuasive, à la lumière de l'objectif de protection de la partie faible, poursuivi par ces exigences (52). En effet, compte tenu des caractéristiques de la sanction propre à la violation des règles de preuve et des moyens de défense susceptibles d'être invoqués pour y échapper (on songe en particulier au commencement de preuve par écrit), il est hautement probable que seule la partie faible pâtisse de la sanction.

Par hypothèse, le contrat est conclu pour une durée d'un an. Le preneur paie une prime de 700 EUR au moment de la conclusion du contrat. Après six mois, il reçoit une seconde invitation à payer (de 1400 EUR) mais refuse de l'acquitter : il croyait en effet que le montant annuel de la prime était équivalent à celui payé au début du contrat (soit 700 EUR). La compagnie prétend au contraire que le montant payé lors de la conclusion du contrat ne représentait qu'un tiers de la prime (dont le montant total serait de 2100 EUR).

Il incombe à la compagnie d'assurance de démontrer que le montant annuel de la prime était effectivement de 2100 EUR. Pour prouver cet élément, un écrit est requis. Les témoignages et les présomptions sont irrecevables. On pourrait considérer que la police constitue un commencement de preuve par écrit si les conditions de l'article 1347 du Code civil sont réunies. S'il est complété par des témoignages et des présomptions (des documents échangés au stade précontractuel, par exemple), le contrat d'assurance et son contenu peuvent être prouvés.

S'il est prouvé que le montant annuel de la prime était effectivement de 2100 EUR, le preneur est tenu de s'acquitter du montant en souffrance (en l'espèce, 1400 EUR). On pourrait considérer que la sanction a un effet préventif dans le chef de la compagnie d'assurance dans la mesure où elle aurait pu faillir au moment de démontrer l'information qui aurait dû être extériorisée par la mention. En ce sens, il est dans son intérêt de respecter

(52) Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, « Le formalisme du contrat d'assurance : sanctions et adaptation aux technologies de l'information », *op. cit.*, n° 22-23. De manière générale, sur l'instrumentalisation possible de la sanction probatoire par les parties de mauvaise foi, voy. V. DELA-FORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Thèse, Paris, 1974, p. 62.

la loi en insérant les mentions requises. L'écrit régulier possède une force probante élevée : si la police avait mentionné clairement le montant de la prime du contrat, le pouvoir d'appréciation du juge aurait été limité et, sous réserve de l'aveu ou du serment, la preuve contraire n'aurait pu être apportée qu'au moyen d'un autre écrit. De leur côté, les témoignages et les présomptions (en l'occurrence, les documents précontractuels) ne possèdent pas de force probante : le pouvoir d'appréciation du juge est important. Il demeure donc préférable de disposer d'un écrit régulier : son efficacité est supérieure à celle des présomptions ou témoignages. Le pouvoir d'appréciation du juge est moins important, ce qui réduit les incertitudes.

Il n'en reste pas moins que le préjudice subi par le preneur n'est pas réparé. Il pourrait en effet arguer que si la mention avait figuré dans le contrat et s'il avait eu connaissance de l'information, il n'aurait pas conclu celui-ci. D'autres compagnies lui proposaient en effet des primes annuelles de 1500 EUR. Il n'a conclu le contrat et payé la prime que parce qu'il croyait qu'elle était de 700 EUR. Le montant du préjudice subi s'élève à 600 EUR et correspond à la différence entre ce qu'il doit payer et ce qu'il aurait pu obtenir comme conditions s'il avait conclu le contrat avec une autre compagnie (2100 EUR-1500 EUR).

Nous sommes d'avis que le preneur pourrait demander l'application d'une sanction tirée de la théorie générale des contrats. Plus précisément, il pourrait réclamer des dommages et intérêts d'un montant de 600 EUR en démontrant que la compagnie d'assurance a commis une faute précontractuelle au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil (53).

De lege ferenda, nous pensons qu'une sanction civile spécifique différente de celle actuellement applicable devrait être expressément prévue par la loi sur le contrat d'assurance.

On peut se souvenir qu'à l'occasion de la modification de cette loi, en 1994, une autre sanction, plus lourde, avait été proposée en cas de non-respect de la formalité prescrite à l'article 10, § 2. Un nouvel alinéa eût été ajouté, stipulant qu'« en cas d'infraction à la présente disposition, l'assureur qui a conclu le contrat et le courtier, l'agent ou l'intermédiaire qui est intervenu pour sa conclusion, ainsi que les administrateurs, gérants, directeurs et mandataires des entreprises précitées, sont solidairement tenus du dommage subi par l'assuré, le bénéficiaire ou la personne lésée, de l'exécution du contrat ainsi que du paiement des taxes dues en vertu

(53) Encore faudrait-il que le lien de causalité soit certain. À défaut, la théorie de la perte d'une chance pourrait être invoquée. Dans ce cas, le montant des dommages et intérêts qui pourraient lui être alloués serait nécessairement moins élevé.

de la législation belge en raison de la conclusion du contrat » (54). Outre cette sanction civile, une sanction pénale avait également été proposée (55). Ces amendements ont toutefois été retirés compte tenu des sanctions contractuelles prévues par le droit commun et des sanctions administratives qui peuvent être infligées par la CBFA – actuellement la FSMA (56).

Il existe certes des sanctions administratives mais elles ne nous paraissent pas suffisamment dissuasives. Quant au droit commun, il présente l'inconvénient de faire peser sur la partie faible une charge probatoire plus lourde (et, par conséquent, un risque plus élevé). Par contre, la mesure proposée à l'occasion de la modification législative intervenue en 1994 nous paraît appropriée. Appliquée au cas de figure qui nous occupe, elle aurait en effet permis au preneur d'être indemnisé du préjudice subi (en l'occurrence, 600 EUR).

B. Examen de certaines modalités de transmission de l'information

18. Formes de la résiliation du contrat ou de la mise en demeure du preneur en cas de non-paiement des primes. Il nous paraît important de faire le point sur certaines modalités de transmission de l'information, dont l'importance pratique est considérable. Il s'agit des formes de la résiliation du contrat, d'une part, de la mise en demeure adressée au preneur en cas de non-paiement des primes, d'autre part.

Conformément à l'article 29, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la LCAT, « la résiliation du contrat se fait par lettre recommandée à la poste, par exploit d'huissier ou par remise de la lettre de résiliation contre récépissé ».

En cas de non-paiement des primes, l'assureur doit mettre le preneur en demeure conformément à l'article 15 de la LCAT (57) pour que la

(54) Amendements au projet de loi portant modification de certaines dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1883-1994, n° 1275/5, pp. 2-3 (amendement n° 15 de M. DIELENS).

(55) Amendements au projet de loi portant modification de certaines dispositions de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1883-1994, n° 1275/5, p. 4 (amendement n° 17 de M. DIELENS) : l'article 130, § 1^{er}, serait complété par : « 3° les administrateurs, gérants, directeurs ou mandataires d'entreprises d'assurance qui offrent ou concluent des contrats qui ne sont pas conformes aux dispositions de l'article 10, § 2, ainsi que les agents, courtiers ou intermédiaires ou leurs administrateurs, gérants, directeurs ou mandataires qui interviennent dans la conclusion de tels contrats ».

(56) Rapport fait au nom de la Commission de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation et des institutions scientifiques et culturelles nationales par M. THISSEN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1993-1994, n° 1275/6, pp. 14-15 (amendement n° 15) et pp. 24-25 (amendement n° 17).

(57) Le contenu est également précisé : la date d'échéance de la prime ainsi que les conséquences du défaut de paiement dans le délai doivent être rappelées (article 15, al. 3). Voy. à ce sujet Mons, 13 janvier 2009, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14544, où une référence au « délai légal » dans la lettre recommandée envoyée au preneur est discutée (il n'y a pas en tant que tel de délai de paiement). L'arrêt est visé aussi cette hypothèse, spécialement en cas de réduction ou de conversion (article 13, § 2 et article 15, § 2).

garantie soit suspendue ou le contrat résilié (art. 14 de la LCAT). L'article 15 de la LCAT indique que la mise en demeure doit être faite par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à La Poste.

19. Fonctions des modalités de transmission de l'information. La lettre recommandée à La Poste poursuit une fonction de communication de l'information (58). Lors du dépôt d'une lettre recommandée à La Poste, un récépissé est remis par l'agent. Ce document prouve que la lettre a effectivement été déposée et, *a priori*, envoyée. On ne peut toutefois inférer du dépôt et de l'envoi que la lettre a effectivement été reçue. La jurisprudence a ainsi eu l'occasion de rappeler que « le seul fait pour les services de La Poste d'apposer pour chaque envoi individuel un cachet établissant l'envoi recommandé n'apparaît pas suffisant pour en déduire que le destinataire a reçu l'envoi qui lui était destiné ou qu'il en a eu connaissance » (59). La doctrine approuve à juste titre cette position (60) : il faut en effet prendre en compte la possibilité que la lettre ne parvienne jamais à son destinataire.

La solution est différente si l'expéditeur recourt à une lettre recommandée avec accusé de réception. Dans ce cas, la réception de la lettre est garantie puisque le destinataire est en principe tenu d'apposer sa signature sur l'accusé de réception (61). Des contestations – assez rares – pourraient toutefois survenir si le destinataire prétend que l'enveloppe est vide ou que les informations extériorisées dans la lettre ne correspondent pas à ce que prétend l'expéditeur. À ce sujet, on estime qu'il existe une présomption en faveur de ce dernier (62) : on présume qu'une lettre figurait dans l'enveloppe et que son contenu est tel que l'affirme l'émetteur. Le destinataire peut renverser cette présomption par toutes voies de droit, en établissant que, contrairement au cours normal et habituel des choses, l'enveloppe était vide ou contenait des informations totalement différentes.

On observe que la fonction de réception de l'information est également atteinte avec l'exploit d'huissier ou la remise de la lettre contre récépissé. À l'instar du notaire, l'huissier est un officier public ; son intervention permet donc de garantir avec une efficacité très élevée que le courrier a été reçu par son destinataire. De même, la remise d'une lettre contre récépissé

(58) Comp. à la définition de l'envoi recommandé, introduite à l'art. 131, 0°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, *M.B.*, 27 mars 1991.

(59) Mons, 21 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 456.

(60) E. MONTEIRO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique : De la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 77-79.

(61) E. MONTEIRO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », *op. cit.*, pp. 77-79.

(62) *Ibid.*

établit la réception du courrier. Dans les deux cas, on peut présumer, à l'instar de ce qui a été dit à propos de la lettre recommandée à La Poste avec accusé de réception, que l'information est telle que le prétend l'expéditeur.

20. Sanction du non-respect des formes de transmission de l'information. Des auteurs considèrent que les formes de la résiliation, établies à l'article 29 de la LCAT, sont des formes solennelles (63), exigées « en tant que conditions de validité » (64). Dans un arrêt du 17 janvier 2001, la Cour de cassation s'est, semble-t-il, prononcée dans ce sens. Elle a jugé que « si la loi ne subordonne pas la validité de la résiliation à son acceptation, elle exige néanmoins que le destinataire de l'acte ait été mis à même d'en prendre connaissance selon des modalités édictées nonobstant toute convention contraire ; [...] ces dispositions protègent et obligent également l'assureur et le preneur d'assurance, sans autoriser l'une quelconque de ces parties à en faire perdre le bénéfice à l'autre par sa propre renonciation ; [...] partant, les juges d'appel ont légalement décidé qu'en l'absence de notification régulière, la résiliation du contrat d'assurance n'a pu sortir ses effets » (65). En conséquence, si le preneur néglige de recourir à la lettre recommandée à La Poste, à l'exploit d'huissier ou à la remise d'une lettre de résiliation contre récépissé, l'assureur pourra prétendre que la résiliation n'est pas conforme à la loi et que le contrat est reconduit pour une nouvelle période d'un an (art. 30, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la LCAT).

Qu'en est-il des formalités à accomplir en cas de non-paiement des primes ? Dès lors que le législateur a spécifiquement prévu les conditions de forme de la mise en demeure, on peut considérer que leur non-respect empêche que la garantie soit suspendue ou le contrat résilié (66). Un cas soumis à l'Ombudsman des Assurances illustre cette constatation (67). Il s'agissait en l'occurrence d'une assurance vie solde restant dû. La prestation

(63) B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 134, n° 35.

(64) H. COUSY, « Dispositions communes : modification du risque, durée et fin du contrat, prescription, coassurance, arbitrage (commentaire des articles 24 à 36 de la loi du 25 juin 1992) », in M. FONTAINE et J.-M. BINON (sous la dir. de), *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 102-103, n° 13.

(65) Cass., 17 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 99. Cet arrêt est approuvé par M. Houben, qui relève que « mettre fin au contrat d'assurance est une décision grave, et chacun, assureur et preneur, auteur ou destinataire de la notification, doit savoir à quoi s'en tenir exactement. Seule la forme du pli recommandé fournit la sécurité. Car si le courtier, ou un conseil quelconque, avait attiré l'attention du preneur sur l'irrégularité et donc sur l'inefficacité de son renom, il eût pu se faire que le preneur néglige d'aller s'assurer ailleurs, se croyant toujours assuré par l'assureur actuel. On conçoit que la loi veuille lui éviter une méprise » (M. HOUBEN, « La vie du contrat d'assurance », *op. cit.*, 2003, p. 52).

(66) Bruxelles, 6 janvier 1998, *R.D.C.*, 1998, p. 474 (reflet C. VAN SCHOU BROECK) ; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 134, n° 34, qui considère qu'il s'agit de formes solennelles.

(67) OMBUDSMAN DES ASSURANCES, *Rapport annuel 2004*, p. 39.

de l'assureur est demandée suite au décès mais il prétend que le contrat a été résilié pour non-paiement des primes. Il est toutefois dans l'impossibilité de prouver l'envoi de la lettre recommandée : il constate qu'il ne la retrouve plus. Finalement, l'assureur accepte de payer la prestation.

21. Regard critique sur la sanction, à la lumière des fonctions poursuivies. L'objectif des formalités prescrites est d'augmenter la sécurité des transactions. Plus précisément, on veut éviter que le destinataire conteste avoir reçu la notification pour prétendre qu'elle ne lui serait pas opposable. S'agissant d'une fonction sécuritaire, ces exigences s'apparentent plus à du formalisme probatoire qu'à du formalisme solennel. Les formalités des contrats solennels du Code civil ont plutôt pour objectif de protéger le consentement des parties sur le point de s'engager pour un acte grave et potentiellement dangereux sur le plan patrimonial. Par contre, le formalisme probatoire vise aussi à éviter les contestations, notamment en encourageant les parties à préconstituer un écrit. Sur le plan des sanctions, l'inobservation du formalisme solennel affecte le *negotium*, généralement frappé de nullité. S'agissant du formalisme probatoire, c'est l'*instrumentum* qui est affecté et qui, ce faisant, n'est plus recevable et perd toute force probante.

Compte tenu des fonctions de la formalité, il nous semblerait préférable, en cas de non-respect de celle-ci, de priver d'effets la notification (*l'instrumentum*), sans affecter la résiliation (la manifestation de volonté) (68). Autrement dit, si la notification est transmise au cocontractant mais ne respecte pas les formes prescrites par la loi, la validité de la résiliation ne serait pas remise en cause. En cas de contestation, pour qu'elle soit opposable au destinataire, il conviendrait de convaincre le juge qu'à un moment déterminé, la volonté de résilier le contrat a été portée à la connaissance du cocontractant. Ce raisonnement aurait l'avantage d'offrir aux parties d'autres moyens pour établir que les fonctions de la notification par lettre recommandée ont été atteintes. Selon les risques de contestation qu'elles sont prêtes à affronter, les parties pourraient dès lors se contenter d'un pli traditionnel.

C. Formalités de protection du preneur

22. Multiplication des exigences de forme. Comme dans d'autres domaines, l'analyse des dispositions légales ou réglementaires applicables au droit des assurances révèle une multiplication des règles de forme.

(68) Dans ce cas, pour la résiliation, il faudrait modifier l'article 20, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la LCAT de sorte qu'il énonce que « la résiliation du contrat peut se faire... ».

Certaines d'entre elles sont transversales, en ce sens qu'elles sont requises à toutes les étapes du processus contractuel (69).

D'autres dispositions doivent au contraire être observées à un moment précis ou en relation avec des documents spécifiques.

Le contrat d'assurance se forme généralement par étapes, marquées par l'échange de l'un des documents visés à l'article 4 de la LCAT : la proposition d'assurance, la police présignée ou la demande d'assurance. Ces documents sont soumis à des conditions de forme spécifiques : ils doivent être établis par écrit, signés et revêtir certaines mentions (70). Aux termes de l'article 4, § 3, de la LCAT, ces trois documents doivent également être datés par l'assureur, dès leur réception, pour éviter les abus et « accroître la sécurité juridique à l'occasion d'un processus où la chronologie revêt une grande importance » (71).

D'autres formalités sont prescrites au stade précontractuel (72). On peut citer les obligations d'information énoncées à l'article 8 de l'arrêté vie. En Branche 23, par exemple, des preneurs s'étaient plaints du manque d'information suite aux mauvais résultats de leurs placements (73). Certaines indications sont désormais imposées pour obvier ce type d'écueils (74).

Des textes réglementaires imposent l'insertion de mentions dans la police ou, plus généralement, exigent que des informations soient communiquées au preneur au moment de la conclusion du contrat (75).

(69) Dans la loi sur l'intermédiation en assurance, on peut citer l'article 12^{ter} qui impose à l'intermédiaire d'assurances de mentionner sur son papier à lettre et sur d'autres documents diverses informations. Voy. aussi l'art. 20 de la loi de contrôle.

(70) L'arrêté vie précise aussi certains éléments qui doivent figurer dans la proposition (article 6 et 7).

(71) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 144, n° 182. Voy. aussi Amendement n° 3, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1586/3, p. 2. Pour la proposition, c'est en effet à ce moment que prend cours le délai de trente jours endéans lequel l'assureur doit notifier au candidat preneur une offre d'assurance, la subordination de l'assurance à une demande d'enquête ou le refus d'assurer (article 4, § 1^{er}, de la LCAT). Voy. l'article 4, § 2, al. 2, de la LCAT pour la police présignée et la demande d'assurance.

(72) On peut citer l'arrêté de contrôle, qui indique les renseignements à mentionner dans les documents publicitaires (article 15, § 6) ou les informations à communiquer avant la conclusion du contrat (article 15, § 1^{er}). Dans ce dernier cas, il distingue les activités non-vie et vie et, pour les secondes, les informations doivent être « formulées de manière claire et précise, par écrit, et être fournies au moins dans la langue imposée par la loi ou le décret » (article 15, § 3). Cette exigence n'est pas imposée pour les formalités de l'activité non-vie. Il est d'ailleurs précisé, pour l'information relative au nom du pays où est établi le siège social et, le cas échéant, la succursale avec laquelle le contrat sera conclu (article 15, § 1^{er}, a), 1^{er}, al. 1^{er}), que si des documents sont fournis au preneur d'assurance, cette information doit y figurer (article 15, § 1^{er}, a), 1^{er}, al. 2). Voy. aussi, dans la loi sur l'intermédiation en assurance, les obligations d'informations imposées par les articles 12^{bis} et 12^{ter}.

(73) OMBUDSMAN DES ASSURANCES, *Rapport annuel 2004*, p. 37.

(74) Voy. l'article 8, § 5, al. 2 ou l'article 8, § 6.

(75) Voy. l'article 15 de l'arrêté de contrôle ; les articles 10, 11, 12, 13, 15, 17, 18, 21, 34, 37, 40, 41, 42, 58, 69 et 70 de l'arrêté vie ; l'article 7, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 24 décembre 1992 réglementant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls, en ce qui concerne les risques simples.

Si l'assureur recourt à l'internet pour diffuser certaines informations ou conclure le contrat, des formalités doivent également être accomplies (à ce sujet, voy. *infra*, n° 29).

Des informations doivent être fournies au preneur en cours de contrat (76), notamment pour le modifier (77).

Des obligations intervenant après la fin du contrat sont aussi imposées (78).

23. Fonctions des formalités. Ces formalités ont principalement pour objectif de protéger le preneur d'assurance, en garantissant un consentement informé et réfléchi et en veillant à ce qu'il dispose de toutes les informations utiles en cours d'exécution du contrat. Auparavant, en matière d'assurance, le législateur cherchait essentiellement à protéger l'assureur contre les fraudes de l'assuré. Ce souci est toujours présent mais, depuis le début du XX^e siècle, et suite notamment à une tendance impulsée par la jurisprudence, d'autres préoccupations sont également prises en compte. L'adoption de la LCAT a confirmé la tendance et on peut désormais affirmer que « le droit contemporain du contrat d'assurance est principalement axé sur la protection du consommateur » (79). En témoigne notamment le caractère impératif de nombreuses dispositions de la loi (art. 3 de la LCAT), ainsi que cette multiplication des exigences de forme.

24. Sanction du non-respect des formalités prescrites. On doit malheureusement constater que, sous certaines réserves, le non-respect de ces exigences de forme ne fait pas l'objet d'une sanction civile spécifique. Il faut dès lors se fonder sur la théorie générale des obligations. Une *culpa in contrahendo*, susceptible d'engager la responsabilité civile extracontractuelle de la compagnie d'assurance, peut ainsi être invoquée en cas de manquement aux obligations d'information requises au stade précontractuel (80).

De lege ferenda, nous sommes favorables à l'introduction de sanctions civiles spécifiques dans les textes normatifs. De manière générale, la

(76) Article 15, §§ 2 et 3 de l'arrêté de contrôle ; article 19 et 20 de l'arrêté vie.

(77) À ce sujet, voy. *infra*, n° 45.

(78) En matière d'assurance auto, par exemple, l'article 1^{er} quater de l'arrêté royal du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs impose à l'assureur de communiquer au preneur diverses informations, relatives notamment au contrat (échéance annuelle, prise d'effet et date de fin, etc.), ou aux sinistres éventuellement survenus. De cette manière, ce dernier peut les communiquer au nouvel assureur.

(79) M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 48, n° 60.

(80) Pour une analyse des autres sanctions tirées de la théorie générale des contrats (vice de consentement, nullité prétorienne, etc.), voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 445 et s., n° 326 et s.

sanction pourrait être rédigée comme suit : *Le juge peut annuler l'acte juridique ou appliquer toute autre mesure proportionnée permettant d'éviter ou de réparer le préjudice subi par le preneur suite à l'inobservation des exigences prescrites aux articles ... Ces mesures sont d'application sans préjudice des autres sanctions prescrites par la loi* (81).

Prenons l'exemple de certaines mentions qui doivent figurer dans la police présignée ou la demande d'assurance (art. 4, § 2, al. 2, de la LCAT). Ces documents doivent indiquer que l'une ou l'autre partie a la faculté de résilier le contrat dans un certain délai (trente jours pour les contrats d'assurance sur la vie et quatorze jours pour les autres contrats). Si l'assureur néglige d'insérer cette mention, deux sanctions peuvent être imaginées. Le preneur peut s'opposer à ce que l'assureur résilie le contrat dans le délai prévu, puisqu'il n'était pas informé de cette possibilité. En outre, il doit pouvoir disposer d'un délai plus long pour résilier le contrat, de sorte que, s'il apprend par la suite qu'il bénéficie de cette faculté, il puisse l'exercer. De cette manière, le préjudice subi par le preneur est réparé. On peut aussi s'inspirer de l'article 4, § 2 bis, qui retarde le point de départ du délai de résiliation aussi longtemps que les informations ne sont pas transmises (voy. *infra*, n° 32).

§ 2. – Conclusion du contrat d'assurance par voie électronique

25. Assurance et TIC. Comme dans d'autres secteurs, les compagnies d'assurance – ou les intermédiaires – utilisent volontiers les technologies de l'information et de la communication pour faire la promotion de leurs produits, entrer en contact avec leurs clients actuels ou les prospects, proposer des simulations, voire pour accomplir tout ou partie des étapes menant à la conclusion d'un contrat.

Cette dernière option se rencontre notamment pour la souscription d'assurances assistance-voyage : après quelques « clics », le preneur est invité à remplir l'un ou l'autre champ d'identification, à cocher la case indiquant qu'il a lu et accepté les conditions générales, pour ensuite payer, par carte de crédit ou *internet banking*. Dans d'autres cas, le processus est seulement partiel, l'interface accessible depuis le site internet

(81) Pour un commentaire, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, *op. cit.*, pp. 503-505, n° 375.

permettant uniquement de compléter une demande d'assurance qui, pour le reste, sera traitée hors ligne.

26. Dispositions légales ou réglementaires additionnelles. En cas de recours aux technologies de l'information et de la communication pour conclure le contrat d'assurance (82), le cadre normatif doit être complété. Le cas échéant, la compagnie d'assurance doit en effet se conformer aux obligations d'information, aux règles de forme ainsi qu'aux autres mécanismes de protection prescrits par la LSSI et par la section de la LPMC applicable aux contrats à distance portant sur des services financiers. Il faut aussi avoir égard aux dispositions spécifiques introduites dans la LCAT et qui octroient notamment un droit de résiliation au preneur (art. 4, § 2bis).

Pour le reste, les dispositions légales ou réglementaires applicables à tout contrat d'assurance, quel que soit le moyen utilisé pour diffuser l'information ou conclure le contrat, demeurent d'application. L'accomplissement de certaines règles de forme peut cependant constituer un obstacle dès lors que, pour la plupart, elles ont été pensées dans un environnement « papier ». Aussi faut-il appliquer les techniques consacrées légalement et qui déterminent les conditions à respecter pour accomplir valablement les formalités par voie électronique.

27. Plan du § 2. Dans ce § 2, nous examinons successivement les mécanismes de protection du preneur d'assurances, en cas de recours aux technologies de l'information et de la communication dans le cadre du processus contractuel (A) ainsi que les règles à observer pour accomplir valablement les règles de forme dans l'environnement numérique (B).

A. Mécanismes de protection du preneur d'assurances en cas de recours aux technologies de l'information

28. Mécanismes de protection visant à lutter contre la faiblesse du preneur. Lorsque les technologies de l'information et de la communication sont utilisées au cours du processus contractuel, le législateur part du postulat que le destinataire des services – en général un consommateur – est en position de faiblesse. Celle-ci s'explique principalement par un manque de connaissance sur des éléments de droit ou de fait du rapport contractuel et par la position des parties dans le contrat, l'une étant

assez puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière. On doit en effet constater que le contrat est conclu à distance – les parties n'étant donc pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre – et au moyen des technologies de l'information et de la communication (on songe en particulier à l'internet – sites web ou courrier électronique). La conjonction de ces éléments peut être à l'origine d'une asymétrie informationnelle relative à l'identité de son cocontractant (qui est cette compagnie d'assurance qui me propose ses services en ligne ? où est-elle établie ? à quelles règles, prudentielles notamment, est-elle soumise ?), aux caractéristiques des produits d'assurance acquis à distance ou aux droits dont on pourrait se prévaloir (informations que le preneur ne peut demander, de vive voix, au représentant de la compagnie d'assurance ou à l'intermédiaire). Elle peut également résulter de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en tant que telles, qui ne seraient pas correctement maîtrisées par l'internaute et qui pourraient le conduire à commettre des erreurs (83).

La section de la LPMC consacrée aux contrats à distance, la LSSI ou les dispositions particulières introduites dans la LCAT ou la loi sur l'intermédiation en assurance ont été prises pour répondre à ces contraintes, de manière à protéger, notamment, le consommateur d'assurance. Plus précisément, diverses techniques sont mobilisées : renforcement des obligations d'information, multiplication des règles de forme, octroi d'un droit de résiliation et interdiction des options précochées dans les contrats conclus sur internet. Nous les examinons successivement.

Le champ d'application des textes précités est également circonscrit à la lumière des objectifs poursuivis. Considérant que la faiblesse touche généralement le consommateur, les dispositions de la LPMC consacrées aux contrats à distance portant sur des services financiers ne doivent être observées que dans les relations entre une entreprise (qualifiée de fournisseur) et un consommateur (84). Les règles de la LSSI en matière d'information et de transparence (art. 7-12) s'appliquent à la fourniture de services de la société de l'information (85), dans relations B2C (86) et B2B (87). Cependant, dans ce dernier cas, il est permis aux parties qui ne

(83) Sur ce dernier point, il faut cependant reconnaître que cette considération devrait se vérifier de plus en plus rarement, la plupart des consommateurs disposant, dès leur plus jeune âge, des compétences suffisantes pour utiliser les outils transactionnels en ligne.

(84) Voy. l'article 2, 21°, de la LPMC, qui définit le « contrat à distance ». Les notions d'« entreprise », de « fournisseur » et de « consommateur » sont respectivement définies à l'article 2, 1°, 3° et 26°, de la LPMC.

(85) Le service de la société de l'information est défini à l'article 2, 1°, de la LSSI comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service ».

(86) *Business to Consumer*.

(82) Sur la conclusion du contrat d'assurance par voie électronique, voy. not. K. TROCH and Ph. COLLE, « Verzekeringen & Internet : Living apart together ? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 633 et s. ; Ch.-A. VAN OLDENEEL, « Contrats électroniques d'assurance », in *E-Business en assurance*, Dossier du *Bull. ass.* n° 9, 2003, pp. 85 et s. ; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 145 et s., n° 195 et s. ; H. JACQUEMIN, « Conclusion et preuve du contrat d'assurance dans l'environnement numérique », *Forum de l'assurance*, 2010, n° 100, La preuve en assurance, pp. 249-255 ; Ph. COLLE, *Algemene beginselen...*, *op. cit.*, pp. 41-43, n° 43

sont pas des consommateurs de déroger conventionnellement à certaines dispositions (88).

29. Renforcement des obligations d'information. Pour lutter contre le manque de connaissance du consommateur, résultant spécifiquement de la conclusion du contrat à distance et par voie électronique, diverses obligations d'information sont imposées à la compagnie d'assurance (89). Elles portent notamment sur l'identité ou les coordonnées de cette dernière, sur l'objet de la prestation (description du service, prix, etc.) ou sur les droits dont dispose le consommateur (possibilités de résiliation du contrat, recours disponibles, etc.).

S'agissant spécifiquement des renseignements relatifs à la manière dont l'internaute peut entrer en contact avec le prestataire, il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (90) que d'autres moyens de communication qu'une adresse de courrier électronique doivent être mis à la disposition du destinataire d'un service de la société de l'information, pour lui permettre « d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement » (91) avec le prestataire. Le téléphone répond à ces critères, de même que les « communications établies par contacts personnels dans les locaux du prestataire de services avec une personne responsable ou au moyen d'un télécopieur » (92). Un formulaire de contact peut également satisfaire à ces exigences pour autant que la communication soit directe et efficace (et tel est le cas lorsque comme dans l'espèce soumise à la Cour, le délai de réponse oscille entre 30 et 60 minutes) (93).

(87) *Business to Business*.

(88) Entre professionnels, ces dispositions ne doivent pas nécessairement être observées, ce qui permet de considérer que ceux-ci ne sont pas considérés comme étant en position de faiblesse. Voy. l'article 11 de la LSSI. Les dispositions visées sont l'article 7, § 1^{er}, 8^e, ainsi que les articles 8, § 1^{er}, 9 et 10.

(89) De manière générale, voy. l'article 50 de la LPMC et les articles 7 et suivants de la LSSI.

(90) C.J.C.E., 16 octobre 2008, aff. C-298/07, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, R.D.T.I.*, 2008/34, p. 59, note D. W. KARRÉ, *Comm. com. électr.*, mars 2009, n° 26, p. 36, note Ph. STOFFEL-MUNCK. À ce sujet, voy. aussi H. JACQUEMIN, « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, pp. 135-136, n° 4.

(91) Article 7, § 1^{er}, 3^e, de la LSSI. Nous soulignons.

(92) Voy. le point 31 de l'arrêt précité.

(93) Il reste à s'interroger sur la réserve formulée par la Cour à propos du formulaire électronique. Il ne peut en effet suffire « dans des situations où un destinataire du service, se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de service, privé d'accès au réseau électronique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique » (point 40). Sont visées des situations qualifiées de « plutôt exceptionnelles » telles qu'un voyage, un congé ou une mission de travail (point 36). En définitive, le recours au « tout électronique » n'est pas consacré par la Cour puisque les prestataires doivent mettre en place des moyens de contact non électroniques, avec les charges financières et organisationnelles qui en résultent, si d'aventure ces hypothèses exceptionnelles se produisent (avec le risque de discussion sur l'existence et la preuve de telles circonstances). Aussi peut-on se demander si sur ce point, la Cour n'est pas trop exigeante. Pour un commentaire critique de cet arrêt, voy. D. W. KARRÉ, « Portée et sanction de l'obligation des prestataires de services Internet de rendre accessibles les coordonnées de communication », note sous C.J.C.E., 16 octobre 2008, *R.D.T.I.*, 2009, pp. 66-71.

Le manque de maîtrise des technologies de l'information et le risque d'erreur qui en résulte a également conduit le législateur à exiger du prestataire qu'il fournisse au destinataire diverses informations, portant notamment sur les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ou les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée (94).

Il convient également d'informer les personnes physiques des traitements de données à caractère personnel qui pourrait résulter de leur visite du site internet ou de la communication volontaire de leurs données (en vue de souscrire une assurance ou d'obtenir des renseignements complémentaires, par exemple), conformément aux dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après, LVP) (95). Ces informations doivent notamment porter sur les finalités du traitement, les coordonnées du responsable ou l'existence d'un droit d'accès, de rectification, voire d'opposition (pour les traitements de données à des fins de marketing) (96). Si des *cookies* sont installés sur l'ordinateur de l'internaute, celui-ci doit en être informé, et, sauf exception, son consentement préalable est requis (97).

Dès lors que les informations requises légalement ou convenues contractuellement par les parties (ou l'une d'elles, s'agissant dans leur majorité de contrats d'adhésion) figurent dans les conditions générales, un mot doit être dit de leur opposabilité au destinataire (98). On considère traditionnellement que pour lui être opposables, ce dernier doit avoir eu la possibilité de les connaître, de manière effective, avant la conclusion du contrat, et qu'il doit les avoir acceptées, de manière certaine (fût-ce tacitement) (99). Il con-

(94) Article 8, § 1^{er}, 2^e et 3^e, LSSI. Il est également requis du prestataire qu'avant la passation de la commande, il mette « à la disposition du destinataire du service les moyens techniques appropriés lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger » (article 9 LSSI).

(95) On note qu'une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM (2012) 11 FINAL) est actuellement en discussion.

(96) Articles 9 et s. de la LVP.

(97) Voy. l'article 129 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, tel que modifié par l'article 90 de la loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques (*M.B.*, 25 juillet 2012).

(98) Sur l'opposabilité des conditions générales, en particulier lorsqu'elles sont fournies en ligne, voy. Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », in *Les conditions générales. Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 9-36 ; I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 11-28.

(99) Ces conditions sont rappelées dans un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 1^{er} octobre 2008 (*DAOR*, 2008, p. 320, note E. MONTERO). Dans ce litige, un contrat de voyage ainsi qu'un contrat d'assurance voyage complémentaire avaient été conclus à distance et, suite à la perte des bagages, une indemnisation a été demandée par les voyageurs. La question de l'opposabilité des conditions générales du contrat d'assurance, invoquées en l'occurrence par la compagnie d'assurance, est posée. La Cour répond toutefois par la négative, jugeant que cette dernière n'apporte pas la preuve qu'elles ont été acceptées de manière certaine.

vient également de relever qu'aux termes de l'article 8, § 2, de la LSSI, « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». En définitive, il est recommandé que ces conditions générales soient accessibles sur chacune des pages du site internet, moyennant un hyperlien muni d'une dénomination claire et avec la possibilité pour l'internaute (voire même l'encouragement) de les imprimer ou de les enregistrer sur le disque dur de son ordinateur. Même si l'acceptation des conditions générales peut être tacite et s'inférer d'autres événements, il est conseillé, pour des raisons probatoires, d'inviter l'internaute à cocher une case confirmant qu'il a lu et accepté ces conditions avant la conclusion du contrat. Cette procédure pourra également être suivie pour démontrer le consentement de la personne concernée au traitement de ses données à caractère personnel ou son accord à l'installation d'un cookie sur son ordinateur.

30. Multiplication des règles de forme. Le renforcement des obligations d'information a pour corollaire, dans les législations envisagées, une multiplication des exigences de forme (mentions informatives, écrit, mode de transmission de l'information, etc.).

Ainsi, aux termes de l'article 52, § 1^{er}, de la LPMC, l'entreprise est tenue de communiquer au consommateur, en temps utile et avant qu'il ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre, « toutes les conditions contractuelles ainsi que les informations visées à l'article 50, § 1^{er}, sur un support papier ou sur un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès ». De même, la LSSI exige du prestataire qu'il « accuse réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique » (art. 10, 1^o). On peut encore citer l'article 12^{quater}, a), de la loi sur l'intermédiation en assurance, en vertu duquel « toute information fournie aux clients en vertu des articles 12^{bis} et 12^{ter} est communiquée [...] sur papier ou sur tout autre support durable disponible et accessible au client ».

Nous reviendrons sur ces exigences de forme au moment d'analyser la manière de les accomplir valablement par voie électronique (*infra*, n^{os} 33 et s.).

31. Interdiction des options précochées dans les contrats conclus sur internet. L'article 44 de la LPMC « interdit à l'entreprise, lors de la conclusion d'un contrat sur internet, d'avoir recours à des options par défaut que le consommateur doit refuser pour éviter tout paiement d'un ou de plusieurs produits supplémentaires ».

On peut comprendre le souci du législateur de protéger les consommateurs des pratiques de certaines entreprises consistant à cocher à l'avance

certaines cases sur leur site web, pour les amener à commander des produits qu'ils ne souhaitaient pas nécessairement (100) (une assurance annulation par exemple, à l'occasion de la conclusion d'un contrat de voyage). En instaurant un système d'*opt-in* (101) (le consommateur doit cocher activement les cases pour commander le produit), ces pratiques sont désormais interdites (102).

L'hypothèse peut également être rapprochée de la pratique consistant à précocher la case extériorisant l'acceptation, par le consommateur, des conditions générales. Sur ce point, un avis de la Commission des clauses abusives mérite d'être signalé (103). La Commission considère en effet que « des cases cochées à l'avance constatant l'information et l'acceptation du consommateur avec les conditions générales créent une présomption difficilement réfragable d'information et/ou d'acceptation des conditions contractuelles par le consommateur » (104). Aussi juge-t-elle la pratique contraire à l'article 31, § 1^{er}, de la LPCC. Suivant la nouvelle numérotation de la LPMC, il faut combiner l'interdiction des clauses abusives, consacrée à l'article 75, § 1^{er}, et la définition de celles-ci, reprise à l'article 2, 28^o.

32. Octroi d'un droit de résiliation. Pour protéger le consommateur qui s'engage à distance, dans le cadre d'un contrat portant sur des services financiers, un droit de rétractation lui est octroyé (art. 53 de la LPMC). La LCAT instaure un mécanisme similaire (sans être identique, cependant (105)) en son article 4. Le § 2^{bis} de cette disposition (106),

(100) Voy. l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, déposé le 28 décembre 2009, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n^o 2340/001 pp. 60-61.

(101) Celui-ci existe déjà à l'art. 23 du règlement n^o 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, *J.O.*, n^o L 263 du 31 octobre 2008, qui exige que « les suppléments de prix optionnels [soient] communiqués de façon claire, transparente et non équivoque au début de toute procédure de réservation et [que] leur acceptation par le client résulte d'une démarche explicite ».

(102) Pour une analyse critique de cette disposition, voy. H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », in H. JACQUEMIN (sous la coord. de), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 76 et s.

(103) Commission des clauses abusives, *Avis n^o 24 sur les conditions générales des contrats dans le secteur de la télédistribution*, 25 juin 2008. À ce propos, voy. I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.I.*, 2009/36, pp. 19-20.

(104) *Ibid.*, p. 19. Il est d'ailleurs précisé que si la case ne peut être décochée, il s'agit d'une présomption irréfragable qui peut être considérée comme une clause visée à l'art. 32.23 de la LPCC (qui correspond à l'art. 74, 26^o, de la LPMC).

(105) Sur les différences entre le droit de renonciation rencontré classiquement en droit de la consommation et le mécanisme instauré par la loi sur le contrat d'assurance, voy. L. VANDENHOUDT, « Délai de réflexion et droit de repentir », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2002, pp. 587-588, n^o 30.

(106) À ce propos, voy. J.-L. FAGNART et C. PARIS, « Le contrat d'assurance : sa genèse et les questions de preuve », in *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2009*, Bruges, La Charte, 2009, pp. 322-323, n^o 7.

dont l'application est prioritaire sur celle de l'article 53 de la LPMC (107), concerne spécifiquement le contrat d'assurance à distance. Il faut toutefois noter que, pour certains contrats d'assurance, le droit de résiliation est exclu. Sont notamment visées les polices d'assurance de voyage ou de bagages (108).

Conformément à l'article 4, § 2bis, alinéa 2, de la loi sur le contrat d'assurance, tant le preneur que l'assureur « disposent d'un délai de quatorze jours pour résilier le contrat d'assurance, sans pénalité et sans obligation de motivation » (109).

Il importe de cerner précisément le point de départ du délai ainsi que le moment auquel il sort ses effets. En règle, si les obligations d'information et les formes corrélatives ont été observées, le délai commence à courir à compter du jour de la conclusion du contrat d'assurance (110). Encore faut-il établir le moment de la conclusion du contrat. S'agissant des rapports noués par le biais des réseaux, on connaît le caractère complexe de la question (111). Pour les contrats entre absents, diverses théories ont été proposées pour déterminer le moment et le lieu de la conclusion du contrat (en Belgique, la théorie de la réception a les faveurs de la Cour de cassation) (112). Il est intéressant de noter qu'à la différence de la LSSI, qui ne se prononce pas sur ce point, la LCAT fixe le moment de la conclusion du contrat conclu à distance au moment où l'assureur reçoit l'acceptation du preneur d'assurance (113).

Enfin, la prise d'effet de la résiliation est également régie par la loi : elle intervient au moment de la notification lorsqu'elle émane du preneur et huit jours après la notification quand elle vient de l'assureur (114).

(107) *Specialia generalibus derogant*.

(108) Article 4, § 2bis, al. 6, de la loi sur le contrat d'assurance.

(109) Par exception, pour les contrats d'assurance sur la vie, le délai est de trente jours (article 4, § 2bis, al. 2, *in fine*).

(110) Article 4, § 2bis, al. 3, de la LCAT. Une exception est introduite pour les contrats d'assurance sur la vie. Le délai commence en effet à courir au moment où le preneur d'assurance est informé par l'assureur que le contrat d'assurance a été conclu.

(111) Sur cette question, voy. not. E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 231 et s., n° 175 et s.; M. VAN HUFFEL, « Le droit communautaire », in B. DE NAYER et J. LAFINEUR (éd.), *Le consentement électronique*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, pp. 31 et s.

(112) On peut toutefois s'interroger sur l'adéquation des solutions proposées aux caractéristiques du commerce électronique (M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2002, pp. 781-787, n° 102-108).

(113) Article 4, § 2bis, al. 1^{er}, de la LCAT.

(114) Article 4, § 2bis, al. 4, de la LCAT.

Des sanctions civiles sont expressément prévues en cas de non-respect de ces dispositions. Elles peuvent consister à autoriser le preneur à mettre fin au contrat dans des conditions plus favorables que celles normalement prévues. En cas de non-respect des obligations d'information requises dans le cadre des contrats à distance portant sur des services financiers (art. 50, § 1^{er}, 2^o et 3^o, 51 et 52 de la LPMC (115)), « le consommateur peut résilier le contrat sans frais ni pénalités, par lettre recommandée à la poste et motivée, dans un délai raisonnable à partir du moment où il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de ces obligations » (art. 55, § 2, de la LPMC). La sanction résultant du § 2bis de l'article 4 de la LCAT peut aussi être citée. Cette disposition octroie un droit de résiliation pour le contrat d'assurance conclu à distance. Sauf exception pour l'assurance vie, le délai commence à courir à partir de la conclusion du contrat (art. 4, § 2bis, al. 3, 1^{er} tiret, de la LCAT). Il est toutefois indiqué qu'il commence à courir « à compter du jour où le preneur d'assurance reçoit les conditions contractuelles et toutes autres informations complémentaires, si ce dernier jour est postérieur à celui visé au premier tiret ». Si les informations sont communiquées avec retard, le point de départ du délai est postposé en conséquence. En pratique, le preneur a donc plus de temps pour résilier le contrat.

B. Accomplissement des formes dans l'environnement numérique

33. Plan des développements du point B. Après avoir présenté brièvement la méthode retenue par le législateur pour lever les obstacles formels (1) – la théorie des équivalents fonctionnels –, nous l'appliquons aux formalités susceptibles de poser problème, à savoir la signature (2), l'écrit et ses déclinaisons fonctionnelles (3) ainsi que certaines modalités de transmission de l'information (4).

Nous ne nous attardons pas sur les nombreuses formalités qui ne soulèvent aucune difficulté au moment d'être accomplies dans l'environnement numérique. En effet, les termes utilisés par le législateur pour désigner les formalités ne renvoient pas nécessairement à un procédé spécifique, dans l'environnement traditionnel, qui ne pourrait pas être appliqué comme tel dans l'environnement numérique. En outre, aucune insécurité juridique ne doit être constatée au moment de choisir le procédé censé accomplir valablement la formalité par voie électronique. Tel est le cas de la plupart des mentions, dont le mode d'extériorisation n'est

(115) On notera que les manquements aux obligations d'information portant sur le fournisseur ou le recours (art. 50, § 1^{er}, 1^o et 4^o), ne sont pas visés.

pas spécifié : aussi peuvent-elles figurer avec la même efficacité sur une feuille de papier ou sur un document pdf à télécharger sur le site de l'entreprise.

1. Méthode retenue pour lever les obstacles formels

34. Théorie des équivalents fonctionnels. Dans le courant des années quatre-vingt, parallèlement aux progrès techniques, des auteurs ont rapidement cerné les enjeux juridiques posés par le développement de l'informatique et des technologies de l'information. Ils ont esquissé les premières solutions en la matière, essentiellement sous l'angle du droit de la preuve (116). Si d'autres solutions ont également été proposées (117), la théorie des équivalents fonctionnels a progressivement pris corps, avant d'être consacrée, au niveau international, par la CNUDCI, dans sa loi-type sur le commerce électronique (118) (1996). Les travaux de celle-ci ont inspiré les législateurs européen, puis belge.

(116) Voy. en ce sens les réflexions de B. AMORY et Y. POULLET, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique : approche de droit comparé », *D.I.T.*, 1985/5, pp. 11 et s. ; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », in *La preuve, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L.*, pp. 1 et s. ; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé ? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 8 et s. ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 233-234, n° 492-493 ; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39 et s. ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 660 et s. ; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, pp. 671 et s.

(117) Plusieurs alternatives ont été proposées en doctrine pour résoudre les difficultés posées par l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique. Sur ces arguments, voy. B. AMORY et Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 16-17 ; M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 16-20 ; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 8-9 ; Fr. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 73 et s., n° 95 et s. ; Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 42-44, n° 5 ; R. STEENNOT, *op. cit.*, pp. 672-673 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000, p. 18. Voy. aussi l'exposé des motifs du projet de loi visant à modifier certaines dispositions du Code civil relatives à la preuve des obligations, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2141/001, pp. 13-15.

(118) Comme indiqué dans le Guide pour son incorporation, « la Loi type propose [...] une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation 'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel', qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique » (*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, New-York, Publ. des Nations Unies, 1996, p. 21, n° 16). À ce propos, voy. de E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 1997, 2, p. 382 : « Dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé ».

Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposée directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans l'environnement numérique (un document au format pdf enregistré sur un CD-ROM pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence.

35. Mise en œuvre de la théorie des équivalents fonctionnels par le législateur. À la suite d'une directive européenne de 1999 (119), le législateur belge a d'abord mis en œuvre cette théorie pour la formalité de la signature, en adoptant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (120) (ci-après, la loi sur la signature électronique et les services de certification) et l'article 1322, alinéa 2, Code civil.

La directive sur le commerce électronique (121) (2000) impose aux États membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique » (art. 9, § 1^{er}). Le considérant n° 34 de la directive confirme que les exigences de forme

(119) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.*, n° L 13 du 19 janvier 2000.

(120) *M.B.*, 29 septembre 2001.

(121) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, n° L 178 du 17 juillet 2000.

sont clairement visées (122). L'article 16 de la LSSI transpose cette exigence : plus précisément, une clause transversale générale énonce la théorie des équivalents fonctionnels (art. 16, § 1^{er}) et trois clauses transversales particulières l'appliquent aux formes les plus fréquentes – l'écrit, la signature et la mention manuscrite – en énonçant les qualités fonctionnelles que le procédé doit préserver dans l'environnement numérique (art. 16, § 2). Sous réserve des hypothèses exclues par l'article 17, des nombreux obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique sont désormais levés.

2. Signature

36. Deux principes. Pour saisir correctement le mécanisme établi par le législateur belge en matière de signature électronique, il convient d'articuler deux principes majeurs, inspirés de l'article 5 de la directive sur les signatures électroniques : le principe d'assimilation (art. 5, § 1^{er}, de la directive et article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification) et le principe de non-discrimination (art. 5, § 2, de la directive et article 4, § 5, de la loi sur la signature électronique et les services de certification) (123).

En matière d'assurance, il semble que la formalité de la signature – requise par l'article 10 de la LCAT – soit uniquement prescrite dans une perspective probatoire. Il n'est donc pas nécessaire de se fonder sur l'article 16, § 2, 2^e tiret, de la LSSI (clause transversale particulière relative à la signature).

37. Principe d'assimilation. Conformément à l'article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification, en présence d'une « signature électronique avancée » (124), « réalisée sur la base d'un certificat

(122) Aux termes de ce considérant, « chaque État membre doit ajuster sa législation qui contient des exigences, notamment de forme, susceptibles de gêner le recours à des contrats par voie électronique. Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement se fasse systématiquement et porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat. Il convient que le résultat de cet ajustement soit de rendre réalisables les contrats conclus par voie électronique [...] ». Des obstacles étrangers aux règles de forme pourraient également être rencontrés (à ce sujet, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahier du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 160-161 et les exemples cités). La délégation au Roi, prévue par l'article 16, § 3, de la LSSI et devenue caduque aujourd'hui, avait notamment pour objet de lever ces obstacles (*Ibid.*, pp. 190 et s.).

(123) Sur ce point, voy. not. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *DAOR*, 2002, pp. 13 et s.; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 115 et s.

(124) Celle-ci est définie à l'article 2, 2°, de la loi sur la signature électronique et les services de certification comme « une donnée électronique, jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification et satisfaisant aux exigences suivantes :

a) être liée uniquement au signataire ;
b) permettre l'identification du signataire ;

qualifié » (125) et « conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique » (126), le juge doit assimiler le procédé – on parle dans ce cas de *signature électronique qualifiée* – à une signature manuscrite (127). Il ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et doit se borner à vérifier si les conditions sont remplies (principe d'assimilation) (128).

Sur le plan probatoire, l'écrit muni d'une telle signature électronique peut dès lors être considéré comme un acte sous seing privé, recevable comme preuve en justice et qui fait pleine foi de son contenu (même force probante). Il demeure toutefois possible de mettre en œuvre une procédure en vérification d'écriture, sur la base des articles 1323 et suivants du Code civil (art. 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification) (129).

38. Principe de non-discrimination. Si l'une des exigences posées par l'article 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification pour que la signature électronique qualifiée soit assimilée de plein droit à une signature manuscrite fait défaut, la signature ne doit pas forcément être écartée (principe de non-discrimination) (130).

c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle ;
d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée ».

(125) Suivant l'art. 2, 4° de la loi sur la signature électronique et les services de certification, il faut « un certificat qui satisfait aux exigences de l'annexe I de la présente loi et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II de la présente loi ».

(126) Il s'agit du « dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature qui satisfait aux exigences de l'annexe III de la présente loi » (art. 2, 7°, de la loi sur la signature électronique et les services de certification).

(127) Sur le régime établi par cette disposition, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 119-120 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 197 et s., n° 122-3 ; E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *D.A.O.R.*, 2002/61-62, pp. 25-26 ; P. LECOQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, pp. 118-121.

(128) Faut-il que le prestataire soit accrédité pour que le signataire puisse bénéficier de la clause d'assimilation ? La réponse est négative. Dans le cas contraire, on porterait atteinte au principe de l'interdiction de toute autorisation préalable, énoncée à l'art. 4, § 2, de la loi (à ce sujet, voy. D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », in *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 150-152). Si le prestataire est accrédité, il est probable que le juge considérera plus facilement que les conditions de l'art. 4, § 4, sont réunies (en ce sens, P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 119-120 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 198, n° 122-3 ; L. GUNOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, p. 568). À défaut, le signataire devra en principe le démontrer.

(129) La question est toutefois controversée. À ce propos, voy. E. MONTERO, « Introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 198 et s., n° 13 et s.

(130) En effet, aux termes de l'article 4, § 6, de la loi sur la signature électronique et les services de certification, « une signature électronique ne peut être privée de son efficacité juridique et ne peut être refusée comme preuve en justice au seul motif :

que la signature se présente sous forme électronique, ou
qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou
qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou
qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature ».

On peut s'en remettre à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. Aux termes de cette disposition, « peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte ». Les travaux préparatoires de la loi et les commentaires doctrinaux sont unanimes pour dire que la notion d'imputabilité couvre les fonctions traditionnellement reconnues à la signature manuscrite : l'identification du signataire – à comprendre comme l'authentification de son identité – et son adhésion au contenu de l'acte (131).

En matière probatoire, cela signifie qu'en cas de contestation (132), la signature électronique est recevable (en vertu du principe de non-discrimination) et, si les conditions d'imputabilité et d'intégrité sont respectées, elle possède la même force probante qu'une signature manuscrite (133). Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour vérifier si ces conditions sont satisfaites en l'espèce (134).

39. En pratique, quels procédés de signature électronique pourraient être mis en œuvre ? Concrètement, on peut se demander quel procédé peut être considéré comme une signature électronique qualifiée (au sens de l'art. 4, § 4, de la loi sur la signature électronique et les services de certification) ou respecte les conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil (135). L'enjeu est en effet d'établir si un contrat d'assurance, à supposer que la condition de l'écrit soit satisfaite, peut être considéré comme muni d'une signature valable au sens de l'article 10 de la LCAT.

Actuellement, c'est surtout la signature digitale, basée sur la cryptographie asymétrique, qui permet d'atteindre le plus adéquatement les critères

(131) Voy. le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 30. En doctrine, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *op. cit.*, p. 16 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 114 ; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 558.

(132) Si la signature électronique n'est pas contestée, le juge doit lui reconnaître des effets juridiques identiques à ceux de la signature manuscrite.

(133) E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *op. cit.*, pp. 18-19 ; *ibid.*, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *op. cit.*, pp. 193-196, n° 11. Comp. P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 113.

(134) Sur le pouvoir du juge concernant les conditions d'intégrité et d'imputabilité, voy. E. MONTERO, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », *op. cit.*, pp. 19-25 ; *ibid.*, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *op. cit.*, pp. 189 et s., n° 9 et s.

(135) Pour une description des différentes formes de signature électronique (combinaison d'une carte et d'un code secret, signatures biométriques, signatures digitales, etc.), voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *op. cit.*, pp. 19-21 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, pp. 160 et s., n° 121.

de la signature électronique qualifiée (136) (137). En pratique, ladite signature électronique pourrait être supportée par la puce de la carte d'identité électronique. Pour signer, il suffirait d'insérer la carte dans un lecteur et d'introduire un mot de passe pour valider le processus de signature.

On note par ailleurs qu'en égard aux conditions de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, un juge pourrait être amené à accepter d'autres formes de signature électronique, exerçant ainsi le pouvoir d'appréciation que la loi lui octroie (138). L'utilisation de logiciels de signature électronique, fondés sur la cryptographie asymétrique et téléchargeables sur l'internet (la PGP, par exemple (139)) pourrait suffire. Les procédés d'authentification utilisés dans le cadre de l'*internet banking* (le système du *digipass* associé à une carte bancaire, par exemple) pourraient également permettre de signer valablement.

On peut se demander si un contrat au format papier signé à la main par le preneur, puis scanné avant d'être envoyé par courrier électronique à la compagnie d'assurance (en pièce jointe) est muni d'une signature valable au sens de l'article 10 de la LCAT. En admettant que l'*instrumentum* est muni d'une signature électronique, plus précisément d'une signature électronique ordinaire (140), il convient d'appliquer le principe de non-discrimination et, dès lors, de se référer à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil. En cas de contestation, le juge saisi du litige pourrait considérer que les

(136) En ce sens, voy. not. les travaux préparatoires de l'art. 1322, al. 2, C. civ. (rapport fait au nom de la Commission de la Justice par B. SOMERS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000 (lég. 50), n° 38/008, p. 30) ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 77 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 197, n° 122-3.

(137) Dans ce mécanisme, il y a deux clés : une clé privée, connue uniquement de son titulaire et une clé publique, connue de tous. Les deux clés sont liées et la clé publique est une fonction irréversible de la clé privée. Cette technique permet de garantir l'identification du signataire, la confidentialité et l'intégrité du message. L'internet est un réseau ouvert, dans lequel les intervenants ne se connaissent généralement pas. Pour que chacun puisse avoir la certitude que telle clé publique appartient bien à la personne qui s'en prétend titulaire, l'intervention d'un tiers de confiance était nécessaire. C'est la raison pour laquelle l'activité des prestataires de service de certification est désormais visée par la loi. Sur ce mécanisme, voy. D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 174, n° 121-2 ; L. GUINOTTE, *op. cit.*, pp. 556-556 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 77-84 ; M. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1515-1516.

(138) Enumérant des procédés *a priori* concernés par l'art. 1322, al. 2, C. civ. voy. E. MONTERO, « Introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », *op. cit.*, pp. 196-197, n° 12 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 117-118.

(139) Voy. www.pgp.com.

(140) Voy. en ce sens un arrêt n° 34.364 du Conseil du contentieux des étrangers, datant du 19 novembre 2009. Le Conseil se prononce sur la validité d'une signature scannée ou, plus précisément, de l'image au format électronique qui en résulte, et qui a été apposée sur un document électronique. Le procédé est considéré comme une signature électronique « ordinaire » au sens de l'article 2, 1°, de la loi du 9 juillet 2001 (points 3.12 et s. de l'arrêt). À ce propos, voy. E. MONTERO, « La signature électronique au banc de la jurisprudence », *DAOR*, 2011/98, p. 233 et s. ; G. VANDENDRIESSCHE, « An overview of some recent case law in Belgium in relation to electronic signatures », *Digital Evidence and Electronic Law Review*, 2010/7, pp. 90-100.

conditions de cette disposition sont réunies lorsque, par exemple, le courriel du preneur est lui-même signé électroniquement (garantissant ainsi l'authenticité de l'origine et l'adhésion au contenu) et que, par ailleurs, l'intégrité du document n'est pas contestée. Par contre, si le contrat émane d'une adresse de courrier électronique plus fantaisiste (de type spiderman1243@gmail.com), le juge pourrait se montrer réticent à admettre que les fonctions d'authenticité de l'origine et d'adhésion ont été satisfaites : avec les outils multimédias actuels, il est en effet très facile de copier la signature manuscrite d'un tiers, d'un document vers un autre, pour ensuite imprimer ce document, le scanner et l'envoyer par courriel depuis une adresse créée spécialement pour l'occasion.

Il faut encore mentionner l'introduction récente (141) d'un § 6 à l'article 4 de la loi sur la signature électronique et les services de certification, qui énonce que « la signature du titulaire du certificat peut être matérialisée par un équivalent satisfaisant aux exigences visées à l'article 2, alinéa 2, 2° », autrement dit une signature électronique avancée. On vise l'hypothèse d'un document électronique muni d'une signature électronique qui serait ensuite imprimé (142). Cette impression contenant la signature matérialisée peut dès lors être considérée comme équivalente, dès lors que les conditions de la signature électronique avancée (l'authenticité de l'origine et l'intégrité du contenu) sont préservées (143).

3. Écrit et déclinaisons fonctionnelles

40. Fonctions de l'écrit. S'agissant de l'écrit, on peut se fonder sur la clause transversale particulière établie à l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI. Aux termes de cette disposition, « l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

On considère généralement que, pour constituer un écrit valable, le procédé utilisé dans l'environnement numérique doit garantir la lisibilité et la pérennité (144) de l'information. Le destinataire de l'information doit

(141) Ce nouveau paragraphe a été introduit par une loi du 15 février 2012 modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 7 mars 2012.

(142) En ce sens, voy. les travaux préparatoires de la loi, Ch. Repr., sess. ord. 2010-2011, *Doc. Parl.*, n° 1450/001, pp. 3-5.

(143) Il semble que certaines technologies permettent de vérifier ces éléments (Ch. Repr., sess. ord. 2010-2011, *Doc. Parl.*, n° 1450/001, p. 5).

(144) La fonction de lisibilité est généralement reprise par la doctrine (Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », in *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*,

pouvoir prendre connaissance de celle-ci, directement ou indirectement (fonction de lisibilité). Ensuite, le procédé doit préserver la pérennité de l'information. La loi exige que l'information ou les signes soient accessibles *pour être consultés ultérieurement*. À cette fin, ils doivent nécessairement résister au temps, pendant une période minimale.

À notre estime, l'écrit doit aussi préserver l'intégrité de l'information. Cette fonction signifie que l'écrit doit contribuer à empêcher, avec une efficacité plus ou moins grande, les modifications de l'information, par les parties ou des tiers. Plus précisément, ces modifications sont empêchées dans la mesure où, eu égard aux caractéristiques de l'écrit, elles pourront être détectées ; les parties ou les tiers sont ainsi dissuadés de les commettre (145).

Dans l'environnement numérique, les procédés susceptibles d'être qualifiés d'écrits sont nombreux. Comme le précise l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI, dès lors que le procédé préserve les fonctions de l'écrit, peu importe le support ou le mode de transmission de l'information. En pratique, on

Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 55, n° 12 ; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 663-664 ; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1998, p. 671, n° 39 ; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 124 ; P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 72, n° 27 ; B. FRANCOY et C. FRANCOY, « Nouveautés en matière de pratiques du commerce », in *Le point sur le droit commercial*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 174 ; M. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht - Een inkadering van een commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, p. 1509, n° 17 ; B. DE GROOTE, « He bewijs in de elektronische handel - Enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2000-2001, p. 885, n° 16 ; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 555 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 143, n° 83-1). Il en va de même de la fonction de pérennité, plus généralement qualifiée exigence de durabilité (M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *op. cit.*, pp. 8-9 ; J. LARRIEU, *op. cit.*, pp. 12-13, n° 17 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 143, n° 83-1) ou de stabilité (Y. POULLET, *op. cit.*, p. 55, n° 12 ; E. DAVIO, *op. cit.*, pp. 663-664 ; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *op. cit.*, p. 671, n° 39 ; B. FRANCOY et C. FRANCOY, *op. cit.*, p. 174 ; D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 124 ; P. LECOQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, p. 72, n° 27 ; B. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 885, n° 16 ; L. GUINOTTE, *op. cit.*, p. 555 ; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 141, n° 83-1).

(145) Cette fonction ne figure pas expressément dans la définition fonctionnelle de l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la LSSI. Ni les travaux préparatoires, ni le texte de cette disposition, ne permettent cependant de considérer que le législateur a souhaité exclure cette fonction. On constate en effet que les travaux préparatoires ne traitent pas de cette fonction (et, *a fortiori*, ne l'écartent pas non plus) : voy. l'exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 60), n° 2100/001, p. 44. Au contraire, dans la mesure où l'information (ou les signes) doit être accessible *pour être consultée ultérieurement*, cela suppose nécessairement qu'avec une efficacité minimale, l'intégrité de l'information ait été préservée. À défaut, la fonction de pérennité perdrait tout effet utile. De même, on peut lire dans l'exposé des motifs de la LSSI que l'écrit « doit [...] présenter une stabilité suffisante, le rendant accessible pour une consultation ultérieure » (exposé des motifs du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003 (lég. 60), n° 2100/001, p. 44.). À nos yeux, il faut comprendre l'exigence de stabilité comme visant non seulement la pérennité mais également l'intégrité. Sur la fonction d'intégrité et les controverses à son égard, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel...*, *op. cit.*, nos 79-81, et les réf. citées.

peut songer à un document au format Word ou pdf, reprenant les informations requises et enregistré sur le disque dur d'un ordinateur, sur un CD-Rom, une clé USB ou transmis en pièce jointe d'un courriel (146).

41. Support papier ou support durable. Dans certains cas, le recours possible aux technologies de l'information est pris en considération par le législateur et les formalités à accomplir sont désignées au moyen de termes neutres (obligation d'accuser réception ou de transmettre des informations) ou spécialement adaptés soit à l'environnement traditionnel (le support papier), soit à l'environnement numérique (le support durable).

La notion de *support durable* se retrouve ainsi dans plusieurs textes légaux ou réglementaires applicables au droit des assurances (147) et qui visent à le définir. Au sens de la LPMC, il s'agit de « tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées » (art. 2, 25°) (148).

Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions (149). On peut d'abord estimer que le support durable vise à assurer la pérennité de l'information. L'instrument doit en effet *stocker* les informations de sorte qu'elles puissent être consultées *ultérieurement* (150). Le support durable doit également préserver l'intégrité de l'information dans la mesure où il doit permettre une reproduction à l'identique de celle-ci. Pour ce faire, il faut que le procédé permette d'éviter, autant que possible, les modifications. Enfin, il doit remplir une fonction de lisibilité, qui résulte de l'utilisation des verbes « consulter » ou « reporter » (151).

(146) Voy. ég. les travaux préparatoires de la LSSI, qui citent la disquette, le CD-R, le CD-RW, le DVD, la carte à puce ou la fibre optique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 44) ou les exemples donnés au considérant n° 23 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

(147) En matière de contrats à distance portant sur des services financiers, il est requis qu'« en temps utile, et avant que le consommateur soit lié par un contrat à distance ou par une offre, l'entreprise lui communique toutes les conditions contractuelles ainsi que les informations visées à l'article 50, § 1^{er}, [de la LPMC] sur un *support papier* ou sur un *autre support durable*, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès » (art. 52, § 1^{er}, de la LPMC). Voy. ég. l'art. 12 *quater* de la loi sur l'intermédiation en assurance.

(148) Voy. aussi l'art. 1^{er}, 17^e, de la loi sur l'intermédiation en assurance.

(149) Reprenant également ces trois fonctions, voy. M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 364.

(150) À bon escient, il est précisé que la pérennité des informations doit être garantie pendant une période adaptée à l'objectif de ces informations. Cet élément donne la mesure du caractère durable et confirme que les fonctions ne doivent pas être remplies de manière absolue. Il existe une gradation dans la pérennité. Pour connaître l'objectif des informations et apprécier la durée minimale requise, il faut se référer aux objectifs poursuivis par les formalités.

(151) Pour que l'on puisse consulter les informations ou s'y reporter, il faut nécessairement qu'elles soient lisibles. Par ailleurs, pour être en mesure de consulter les informations, il faut nécessairement que les signes soient intelligibles et accessibles, de sorte que le langage qu'ils expriment puisse être compris.

À l'analyse, ces trois fonctions correspondent aux fonctions généralement reconnues à l'écrit : c'est l'une des raisons pour lesquelles l'introduction de ce nouveau concept – dont l'initiative revient au législateur européen (152) – ne nous convainc pas (153). Il eût été plus simple, en effet, de faire référence à l'écrit. Il n'en reste pas moins qu'en pratique, les mêmes procédés pourront être considérés comme des supports durables (*supra*, n° 40).

La question se pose de savoir si un site internet, sur lequel figureraient diverses mentions prescrites par la loi, peut être qualifié de « support durable ». De manière tautologique, la loi sur l'intermédiation en assurance énonce à ce propos que la notion ne comprend pas « un site internet, sauf si ce site satisfait aux critères spécifiés dans la notion du support durable » (154). Dans un arrêt du 5 juillet 2012, la Cour de justice de l'Union européenne apporte de plus amples précisions à cet égard (155). Dans cette affaire, la Cour de justice devait notamment répondre à la question de savoir « si un site Internet dont les informations sont accessibles pour les consommateurs en passant par un lien présenté par le vendeur doit être considéré comme un "support durable" » (156). Après avoir souligné le principe d'équivalence fonctionnelle entre l'écrit et le support durable, tel que consacré par le législateur de l'Union, et rappelé les fonctions attendues du moyen ainsi mis en place (157), la Cour a jugé qu'« il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute modification unilatérale de leur contenu par le vendeur » (158). Il semble donc que ce soit la fonction de maintien de l'intégrité du contenu qui pose le plus de difficultés : rien n'empêche en effet au prestataire de modifier les informations figurant sur le site. Pour qu'un site internet puisse être qualifié de support durable, il faudrait donc

(152) Utilisant les concepts de support durable et de support papier, voy. l'art. 5, § 1^{er}, de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° L 271 du 9 octobre 2002, pp. 16-24 et l'art. 13, § 1^{er}, a), de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.*, n° L 9 du 15 janvier 2003, pp. 3-10.

(153) Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 300.

(154) Voy. la définition figurant à l'article 1^{er}, 17^e, de la loi sur l'intermédiation en assurance.

(155) C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd.*

(156) Voy. le point 38 de l'arrêt.

(157) Voy. les points 40-45 de l'arrêt.

(158) Point 46 de l'arrêt.

que, par le recours à un tiers de confiance ou la mise en place de procédures spécifiques – en transmettant la version intégrale du document au preneur, par courriel, ou en lui imposant d'imprimer ce document ou de l'enregistrer sur le disque dur de son ordinateur –, la lisibilité, la pérennité et l'intégrité de l'information soient garanties.

4. Mode de transmission de l'information

42. Exemplaires multiples. Le mode de transmission de l'information établi à l'article 1325 du Code civil et consistant à exiger l'établissement d'exemplaires multiples constitue un obstacle à la conclusion d'un contrat par voie électronique dans la mesure où la formalité est étroitement liée à un procédé déterminé, dans l'environnement traditionnel. Il consiste en effet à établir autant de supports papiers qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Dans l'environnement numérique, cette formalité ne sera pas accomplie comme telle.

Il convient donc de rechercher les fonctions de la formalité, par application de la théorie des équivalents fonctionnels (159) (conformément à la clause transversale générale de l'article 16 de la LSSI). Principalement, elle permet de garantir que chaque partie a reçu les informations relatives au contrat. En outre, elle renforce les fonctions de pérennité et d'intégrité de l'information.

En pratique, on peut imaginer que le contrat signé électroniquement soit enregistré, au format pdf et gravé sur plusieurs CD-Rom, remis physiquement aux différentes parties contractantes ou qu'il soit transmis par courrier électronique. Dans les deux hypothèses, les parties n'ont plus aucune maîtrise sur l'exemplaire détenu par leur cocontractant, parce qu'il figure sur un CD-Rom qu'elles ne possèdent plus physiquement ou parce qu'il est enregistré dans la boîte de courrier électronique de ce dernier, à laquelle elles n'ont pas accès. Si les parties concluent le contrat par échange de courriers électroniques, signés électroniquement, on pourrait juger que la formalité est valablement accomplie lorsque chaque cocontractant a reçu un message, signé de l'autre partie, et exprimant sa volonté de s'engager. Il faudrait, cela va de soi, que la combinaison des courriers électroniques puisse corroborer l'existence d'un accord sur les éléments essentiels du contrat. La réception de l'information est garantie (le cas échéant, on pourrait d'ailleurs envoyer un recommandé électronique); les fonctions de pérennité et d'intégrité sont également renforcées puisque les courriers électroniques sont enregistrés dans la

(159) En ce sens, à propos de la formalité du « double », voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 173-174.

messagerie de chaque destinataire et que l'expéditeur (ou les tiers) n'y a pas accès (160).

43. Recommandé électronique. Plusieurs dispositions légales ou réglementaires applicables au droit des assurances exigent une lettre recommandée à La Poste.

L'envoi recommandé est défini à l'article 131, 9°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (161) comme « un service garantissant forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration et fournissant à l'expéditeur, le cas échéant à sa demande, une preuve de la date du dépôt de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire ».

Nonobstant son importance pratique considérable, il faut constater que des incertitudes demeurent quant à la valeur légale des procédés de recommandé électronique.

Conformément à l'article 135, § 2, de la loi du 21 mars 1991, « toutes les obligations reprises dans la présente loi et dans toutes les autres lois relatives aux matières visées à l'article 78 de la Constitution et leurs arrêtés d'exécution qui, concernant les envois recommandés, contiennent les mots « à la poste », « par la poste » ou toute autre référence du même type sont remplies lorsqu'est utilisé un envoi recommandé tel que défini à l'article 131, 9° de la présente loi ou un envoi recommandé électronique conformément à la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques, le recommandé électronique et les services de certification ». Le renvoi à la loi du 9 juillet 2001 est cependant erroné, toute référence au recommandé ayant été supprimée (162). Le législateur belge était déjà intervenu sur ce point en

(160) Cette hypothèse est à rapprocher de la conclusion des contrats synallagmatiques par échange de lettres missives, qui échappe au prescrit de l'article 1325 du Code civil (sur les lettres missives, voy. J. FALLY, « Rôle des lettres missives comme instruments de preuve », note sous Liège, 28 octobre 1946, *R.C.J.B.*, 1948, p. 76; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 295, n° 629; D. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 245, n° 181; J. SACE, obs. sous Mons, 19 mars 1980, *Rev. not. b.*, 1980, p. 266).

(161) *M.B.*, 27 mars 1991.

(162) La loi du 13 décembre 2010 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification (*M.B.*, 31 décembre 2010) encadrait les services de recommandé électronique et déterminait les conditions dans lesquelles le procédé mis en place pouvait être jugé équivalent au procédé traditionnel de la lettre recommandée à La Poste, en introduisant diverses dispositions dans la loi sur les signatures électronique et les services de certification. Cette loi du 13 décembre 2010 a cependant été abrogée avec effet immédiat par une loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunication (*M.B.*, 21 juin 2011).

2007 mais les dispositions sont devenues caduques (163). Aussi faut-il espérer qu'il remette l'ouvrage sur le métier pour enfin régler cette question et garantir la sécurité juridique.

§ 3. – *D'un recours équilibré au formalisme en cas de modification des conditions tarifaires ou contractuelles*

44. Enjeu de la question et utilité du formalisme dans ce cadre. Conformément au principe de la convention-loi, établi à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, les règles convenues par les parties – et formalisées en l'occurrence dans la police d'assurance ou d'autres documents – régissent leur relation contractuelle et ce, pendant toute la durée du contrat.

Il en résulte qu'en principe, les parties doivent nécessairement s'accorder si elles souhaitent déroger aux conditions contractuelles ou tarifaires initialement convenues.

Le contrat d'assurance étant un contrat d'adhésion, les modifications seront généralement proposées par la compagnie d'assurance. Par conséquent – et c'est l'enjeu de la question –, il convient de garantir un consentement libre et éclairé dans le chef du preneur. C'est pour atteindre cet objectif que le formalisme contractuel peut jouer un rôle. Il faut toutefois veiller à l'utiliser à bon escient et avec parcimonie : en tant que tel, cette technique possède également des inconvénients (lourdeur, complexité, lenteur) de nature à priver la mesure de toute efficacité (164).

On peut d'abord analyser la manière dont la preuve du consentement doit être apportée (*infra*, n° 45). On verra ensuite que des éléments complémentaires, qui compliquent singulièrement l'analyse, doivent être pris en considération : la règle de l'annalité du contrat d'assurance et de sa tacite reconduction (*infra*, n° 46), d'une part, les règles spécifiques en cas de modification des conditions contractuelles ou tarifaires, telles que prévues

(163) La loi sur 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance (M.B., 17 juillet 2007) règle en effet l'activité des prestataires de services de recommandé électronique. La loi donne délégation au Roi pour déterminer, par arrêté délibéré en conseil des ministres, les obligations spécifiques auxquelles sont soumis chacun des prestataires visés par la loi (art. 16, al. 1^{er}, 1^o). L'article 16 impose au Roi d'intervenir jusqu'au 1^{er} décembre 2007 au plus tard. Il apparaît cependant qu'il n'est pas intervenu. Il faut donc en conclure qu'en l'absence de régime spécifique applicable, notamment, aux prestataires de services de recommandé électronique, l'activité de ceux-ci n'est pas légalement encadrée.

(164) Pour une approche critique du formalisme contractuel, voy. H. JACQUEMIN, « Focus sur certains mécanismes de protection du consommateur de produits et services financiers en matière contractuelle », in *La protection du consommateur en droit financier*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 133-134, n° 13.

par le Règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurance ou le contrat type auto (*infra*, n° 47), d'autre part.

45. Comment prouver le consentement du preneur aux modifications proposées ? Il faut d'abord établir de quelle manière la preuve des modifications du contrat – ou, plus précisément, de l'accord du preneur quant à ces modifications – doit être établie, l'article 10 de la LCAT devant être observé. Un avenant signé peut certes être établi. Cependant, on comprend qu'en pratique, l'hypothèse soit rarement rencontrée (à tout le moins, si l'avenant est établi et transmis au preneur, celui-ci néglige souvent de renvoyer un exemplaire à l'assureur).

La preuve pourrait cependant être apportée par d'autres moyens.

L'exécution spontanée de ses obligations par le preneur constitue ainsi un exemple d'aveu tacite (165). On parle dans ce cas d'aveu en action (166). Dans un arrêt du 30 mai 2003 (167), qui concernait la preuve d'une modification du contrat d'assurance, la Cour de cassation a jugé que celle-ci procède de l'écrit que l'assureur a communiqué au preneur et de l'exécution volontaire par ce dernier du contrat ainsi modifié (168). En l'occurrence, il a payé les nouvelles primes. En cas de contestation, l'aveu en action se prouve par toutes voies de droit (169).

(165) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 314, n° 707 ; D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 332, n° 271.

(166) D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 332, n° 271 ; L. KERZMANN, « Le point sur l'aveu en matière civile », in *La preuve. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Liège, Anthémis, 2008, pp. 170-171.

(167) Cass., 30 mai 2003, R.G.A.R., 2004, n° 13872, R.A.B.G., 2004, p. 723, et la note de G. JOCQUE, « Bewijs van de wijziging van de verzekeringsovereenkomst », *Bull. ass.*, 2004, p. 106, note F. DOFFAGNE, « Betalen van de nieuwe premie impliceert akkoord ». Voy. aussi Gand, 11 décembre 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 729 ; Pol. Bruges, 11 janvier 2006, J.J.P. Pol., 2006, p. 98. Voy. aussi une décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 février 1988 (R.G.D.C., 1990, p. 132, note Ph. COLLE). La Cour estime en effet que, même en l'absence de signature de l'assuré, en l'occurrence décédé, « sa veuve peut invoquer l'exécution du contrat comme preuve de l'existence de celui-ci ». Dans ce cas, même si la Cour ne le qualifie pas comme tel, on pourrait estimer qu'il y a eu un aveu extrajudiciaire tacite de la part de l'assureur (cf. aussi Ph. COLLE, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, R.G.D.C., 1991, pp. 144-145, n° 11).

(168) « Dat deze bepaling [art. 25 L. 11 juin 1874] er niet aan in de weg staat dat het bewijs van een wijziging van een verzekeringsovereenkomst wordt afgeleid uit een geschrift dat door de verzekeraar aan de verzekeringsnemer wordt meegedeeld en uit de vrijwillige uitvoering die de verzekeringsnemer van de aldus gewijzigde overeenkomst heeft gegeven ; overwegende dat de appèlrechter oordeelt dat het bewijs van de instemming van eiser met de gewijzigde polisvoorwaarden blijkt uit de betaling van de krachtens die wijziging verhoogde premie ; dat de appèlrechter aldus zijn beslissing naar recht verantwoordt ».

(169) D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 339, n° 286. Voy. aussi Ph. COLLE, « De bewijsproblematiek inzake de totstandkoming van verzekeringsovereenkomsten », note sous Bruxelles, 25 février 1988, R.G.D.C., 1991, p. 144, n° 11, qui estime que l'exécution du contrat est un fait juridique qui peut être prouvé par toutes voies de droit. En ce sens, Pol. Bruges, 11 janvier 2006, J.J.P. Pol., 2006, p. 98.

Si l'application de l'aveu en action semble acquise pour les modifications apportées aux conditions tarifaires, on peut se demander si cet argument, voire un autre moyen de défense, tel que le commencement de preuve par écrit, pourrait également être invoqué lorsque les conditions contractuelles – autres que tarifaires – ont changé. Dans un arrêt du 2 octobre 2006, la Cour d'appel de Liège a ainsi refusé de reconnaître que l'exigence d'une alarme reliée à une centrale de surveillance, imposée lors d'une modification du contrat, était entrée dans le champ contractuel (170) : en présence d'un avenant non signé par le preneur, elle refuse en effet d'admettre l'existence d'un commencement de preuve par écrit ou de se fonder sur le paiement des nouvelles primes (171), également prescrites par l'avenant litigieux (mais rappelées dans des avis d'échéance ultérieurs). Par contre, dans un jugement du 3 mars 2009, le Tribunal de première instance de Liège a jugé que, même en l'absence de signature de l'avenant au contrat, qui imposait la mise en place d'un système de protection contre le vol, le paiement des primes permettait d'établir leur accord quant au contenu des conditions contractuelles (172). Il est ainsi jugé que « la clause n'était ni « ésotérique » ni « inimaginable », comme l'affirment les demandeurs. D'ailleurs, ils n'affirment pas l'avoir vue sans la comprendre et sans en percevoir l'importance. Tout simplement, ils ne l'ont pas lue. Ils ont donc reçu le contrat et ont payé la prime en manifestant ainsi leur accord, sans en avoir lu le contenu. C'est ce comportement léger qui est à l'origine de leurs déboires et non une quelconque manœuvre malhonnête de leur assureur ».

On doit encore noter que, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, la charge de la preuve du contenu du contrat pesant sur la compagnie d'assurance peut se trouver fortement allégée lorsque les dispositions litigieuses sont par ailleurs requises conformément au contrat-type en matière d'assurance automobile. L'article 1^{er} de l'A.R. du 14 décembre

(170) Liège, 2 octobre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 437. Voy. aussi Civ. Anvers, 2 mai 2011, *J.J.Pol.*, 2011, p. 189, conf. Pol. Anvers, 12 février 2010, *J.J.Pol.*, 2011, p. 187 (en l'absence de version signée des conditions générales, le Tribunal refuse que l'assureur puisse invoquer une clause d'exclusion figurant dans celle-ci, dès lors qu'il ne prouve pas le contenu du contrat dans les conditions de l'article 10 de la LCAT) ou Pol. Bruxelles, 19 avril 2010, *CRA*, 2010, p. 390 (après avoir constaté que la compagnie d'assurance ne produisait ni contrat initial, ni avenant signé par les parties et contenant la clause fondant son action récursoire contre le preneur, le Tribunal de police de Bruxelles se demande, dans un jugement du 19 avril 2010, « comment, dans ces conditions, prouver que son assuré a accepté de souscrire à cette clause, alors qu'il le conteste ? ». Jugeant par ailleurs qu'aucun commencement de preuve par écrit n'était produit, le Tribunal déboute la compagnie d'assurance).

(171) Voy. aussi, sur l'incidence du paiement des primes, Pol. Anvers, 26 avril 2006, *CRA*, 2007/2, p. 106 ; Pol. Bruges, 11 janvier 2006, *J.J.Pol.*, 2006, p. 98 ; Pol. Malines, 8 février 2008, *J.J.Pol.*, 2008, p. 98.

(172) Civ. Liège, 3 mars 2009, *Bull. ass.*, 2011, p. 472.

1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs énonce en effet, en son article 1^{er}, que « les contrats d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs doivent répondre aux dispositions du contrat-type joint à cet arrêté ». Le contrat-type règle par exemple le droit de recours de l'assureur (art. 24 et 25), lequel peut notamment être exercé lorsque le sinistre résulte d'une conduite en état d'ivresse (173). La Cour de cassation a été appelée à trancher la question de savoir s'il incombe à l'assureur de démontrer que ce droit de recours figurait dans ses conditions générales et que celles-ci ont été acceptées par le preneur. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en degré d'appel, avait répondu par l'affirmative : dès lors que l'assureur ne démontre pas en l'espèce qu'elle s'est réservée un droit de recours dans le contrat d'assurance, sa demande est déclarée non fondée. La décision est cependant cassée par la Cour de cassation le 9 mars 2007 (174) (175) : elle juge que « dans la mesure où elles n'y ont pas dérogé contractuellement, les parties à un contrat d'assurance automobile obligatoire sont en effet présumées avoir accepté l'application à leur contrat des dispositions du contrat type, dont celles qui sont relatives au recours de l'assureur. L'assureur en assurance automobile n'est dès lors pas tenu de prouver que le contrat d'assurance réserve un droit de recours dans les cas énumérés à l'article 25 du contrat type ». Et si des dérogations au contrat-type sont introduites (uniquement en faveur du preneur, de l'assuré ou d'un tiers concerné par l'application de ce contrat et sans méconnaître les dispositions impératives de la LCAT), c'est au preneur qu'il incombe de démontrer que de telles dérogations ont effectivement été consenties.

46. Annuité du contrat d'assurance et tacite reconduction. Le contrat d'assurance est normalement conclu pour une durée d'un an (art. 30, § 1^{er}, de la LCAT) et, à défaut de résiliation par l'une ou l'autre partie dans le respect des formes de l'article 29 de la LCAT, le contrat est tacitement reconduit pour une nouvelle période d'un an. Autrement dit, aucune règle de forme ne doit être accomplie au moment de procéder à la reconduction du contrat en tant que telle.

On note que, dans les relations entre une entreprise d'assurance et un consommateur, l'article 82, § 1^{er}, de la LPMC exige qu'une clause de reconduction tacite figure dans le contrat (au sens d'*instrumentum*), en

(173) Art. 25, 2^o, b), du contrat-type auto.

(174) *Pas.*, 2007, p. 483.

(175) Pour une application de la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. Pol. Bruges, 3 octobre 2007, *Bull. ass.*, 2008, p. 301.

caractère gras et dans un cadre distinct du texte, au recto de la première page. Cette clause doit contenir diverses informations, parmi lesquelles figurent notamment les conséquences de la reconduction tacite, ainsi que le moment ultime et la manière de s'y opposer.

47. Règles spécifiques en cas de modification des conditions contractuelles ou tarifaires. Les modifications tarifaires font également l'objet d'une disposition particulière à l'article 12, alinéa 3, du Règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances (A.R. du 22 février 1991). Pour les activités non-vie, la modification tarifaire peut être notifiée au preneur quatre mois avant l'échéance. Dans ce cas, l'augmentation (ou la diminution) de tarif entrera en vigueur à l'échéance annuelle qui suit la notification. Le preneur reste également libre de mettre fin au contrat conformément aux articles 29 et 30 de la LCAT ; ce droit de résiliation doit d'ailleurs être formellement mentionné dans la notification. La modification tarifaire peut également être notifiée dans un délai inférieur à quatre mois. Dans ce cas, le preneur doit avoir la faculté de résilier le contrat dans un délai de trois mois suivant la notification.

En matière d'assurance automobile, il faut également mentionner l'article 15 du contrat-type (176), qui concerne les modifications des conditions tarifaires ou des autres conditions contractuelles. Lorsque la notification a été faite nonante jours au moins avant la date d'échéance, l'adaptation entrera en vigueur lors de cette échéance annuelle (177). Le preneur a quant à lui la possibilité de résilier le contrat, et ce dans les trente jours de la notification de l'adaptation, avec effet à l'échéance annuelle qui suit. Une exception à cette faculté de résiliation du preneur est introduite au deuxième alinéa de l'article 15. Elle concerne « la modification du tarif ou des conditions d'assurance [qui] résulte d'une opération d'adaptation générale imposée par les autorités compétentes et qui, dans son application, est uniforme pour toutes les compagnies ».

48. Synthèse des difficultés rencontrées. Le cadre normatif actuellement en vigueur n'est pas satisfaisant, pour diverses raisons. L'application des dispositions précitées est délicate et, à certains égards, les discussions dont elles font l'objet sont source d'insécurité juridique pour toutes les parties concernées.

Le preneur d'assurance pourrait également se plaindre de certaines situations, pourtant fréquentes en pratique. Tel peut être le cas lorsque,

peu avant la date anniversaire du contrat, sa compagnie lui envoie un avis d'échéance dans lequel les conditions tarifaires ont été augmentées. Une possibilité de résiliation est certes offerte au preneur, et fait l'objet d'une mention dans le document qui lui est transmis. Il omet toutefois de lire cet élément (ou n'en comprend pas la portée) et, sans nécessairement prendre conscience de l'augmentation tarifaire, paie la nouvelle prime. Par la suite, il conteste son accord quant aux modifications introduites ; la compagnie d'assurance démontre cependant qu'il a accepté lesdites modifications en payant les nouvelles primes (aveu en action). Des reproches pourraient également être adressés si des modifications contractuelles sont déduites de ce paiement ou si, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, le preneur est censé connaître les conditions du contrat type auto et doit prouver, le cas échéant, que l'assureur y a apporté des modifications. Lorsqu'à ces considérations s'ajoutent des calculs parfois complexes pour connaître la date ultime à laquelle le contrat peut être résilié, avec les conséquences qui en résultent quant à la couverture, on peut concevoir que les consommateurs d'assurance soient souvent démunis.

Dans le chef de la compagnie d'assurance, la situation actuelle peut aussi – mais dans une moindre mesure sans doute – être source d'insécurité juridique : si le preneur ne lui a pas renvoyé l'avenant signé, tout en payant par ailleurs les nouvelles primes, un doute subsiste quant à la question de savoir si les modifications apportées aux conditions contractuelles (introduction de nouvelles causes d'exclusion, par exemple) ont, elles aussi, été acceptées et sont par conséquent entrées dans le champ contractuel.

Dans tous les cas, il faut rappeler que le preneur doit être vu comme la partie faible au rapport contractuel : *a priori*, il souffre en effet d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel : nouvelles conditions tarifaires ou contractuelles, reconduction tacite du contrat, existence d'un droit de résiliation, durée et point de départ des différents délais, etc. Il faut pourtant veiller à ce que son consentement aux nouvelles conditions contractuelles ou tarifaires soit donné librement et en pleine connaissance de cause. En complément aux obligations d'information, le formalisme contractuel peut clairement jouer un rôle utile en vue de rétablir l'équilibre entre les parties et de protéger efficacement le preneur. Encore faut-il tenir compte des inconvénients inhérents à ce type de mesure, en y recourant de manière proportionnée.

49. Propositions de lignes directrices en vue d'un recours optimal au formalisme contractuel. Les difficultés liées aux modifications des conditions contractuelles et tarifaires ont été discutées au sein de la Commission des assurances et des propositions d'amendement au cadre

(176) A.R. du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 3 février 1993.

(177) Si ce délai de nonante jours n'est pas observé, l'entrée en vigueur de l'adaptation sera reportée à l'échéance annuelle suivante.

normatif actuellement en vigueur ont été faites (178). Sans analyser ces propositions dans le détail, qu'il nous soit permis d'avancer quelques lignes directrices que ces amendements éventuels devraient, d'après nous, respecter (179).

Pour réduire l'asymétrie informationnelle, il faut veiller à ce que le preneur reçoive, en temps utile, et par écrit, toutes les informations lui permettant de consentir en pleine connaissance de cause aux modifications proposées.

Cela requiert, *d'une part*, qu'il soit clairement informé du contenu des dites modifications. À cet égard, il nous paraît insuffisant d'indiquer, sans autre explication, que les conditions contractuelles et tarifaires ont été modifiées. Il faut veiller à ce que la modification apportée (et la manière dont elle se distingue des règles initiales) soit clairement présentée. Les technologies de l'information et de la communication peuvent, à ce stade, être utilement exploitées. Les conditions contractuelles et tarifaires applicables au preneur, en vigueur et à venir, pourraient en effet être accessibles en ligne à travers un site web sécurisé. Dans ces documents, les outils multimédias pourraient être utilisés pour mettre en évidence les modifications qui ont été introduites (avec la possibilité, pour le preneur, d'enregistrer les documents ou de les imprimer si l'archivage n'est pas confié à un tiers de confiance indépendant de la compagnie d'assurance). Si le preneur ne souhaite pas utiliser cet outil, il devrait avoir la possibilité de recevoir les mêmes documents en version papier ou être renvoyé vers un courtier ou un représentant de la compagnie d'assurance, qui lui expliquera de vive voix (par téléphone par exemple) ce qu'il en est. Compte tenu des gains engendrés grâce à l'utilisation de la plateforme d'archivage électronique, les preneurs qui optent pour ce procédé pourraient par exemple être récompensés par une légère réduction de la prime.

D'autre part, le preneur doit connaître les droits dont il dispose, la manière de les exercer à la lumière des éléments de fait du contrat (en fonction de l'échéance annuelle du contrat) et les conséquences qui résultent de ses actions (ou de son absence de réaction). Ces informations doivent lui être communiquées en temps utile et par écrit. Le régime actuellement en vigueur est complexe en raison, notamment, des nombreux textes applicables et de la lettre de ceux-ci, qui pourrait gagner en clarté. La solution devrait également passer par l'établissement du régime

(178) Commission des assurances, « Avis sur l'adaptation des contrats d'assurance à la suite de modifications législatives », 9 juillet 2009, DOC C/2009/4 ; Commission des assurances, « Avis sur la modification de la prime et du contrat – projet d'article 30bis », 4 février 2008, DOC C/2004/1.

(179) Nombre d'entre elles sont déjà intégrées dans les propositions de modifications discutées au sein de la Commission des assurances.

le plus uniforme possible, quelle que soit la modification envisagée – tarifaire ou contractuelle – ou le contrat d'assurance (étant entendu que, dans certains cas, des solutions différenciées devront nécessairement être mises en œuvre).

Il faut également établir la manière dont le consentement du preneur aux modifications introduites peut (ou doit) s'extérioriser.

Sur ce point, nous croyons insuffisant d'établir un système d'*opt-out*, en vertu duquel le preneur serait tenu par les modifications introduites sauf s'il prend les mesures pour mettre fin au contrat (en respectant par ailleurs les délais et les formes requis).

Le preneur devrait donc consentir expressément aux modifications introduites ou, à tout le moins, son accord devrait s'inférer de manière certaine de son comportement.

Dans ce cadre, les compagnies d'assurance pourraient demander au preneur de signer l'avenant qui lui est transmis et de le renvoyer. Cette option nous semble assez lourde et il est peu probable qu'elle ait les faveurs des compagnies d'assurance. Une alternative plus simple pourrait consister à diriger le preneur vers la plateforme d'archivage électronique contenant les contrats et, lors de cette visite, de l'inviter à cocher une case stipulant qu'il accepte les conditions contractuelles et tarifaires telles que modifiées.

Il ne faut pas exclure que le consentement puisse résulter du comportement du preneur, en particulier du paiement des primes, ne serait-ce que parce que la solution est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans ce cas, le preneur devrait être spécifiquement informé de ce que son paiement vaudra acceptation des nouvelles conditions tarifaires. Le cas échéant, le législateur pourrait également prescrire l'apparence (en caractère gras) ou l'emplacement de la mention (en première page, à côté des références de paiement) pour attirer l'attention du preneur. Le consentement du preneur ne pourrait toutefois pas résulter des paiements par domiciliations, qu'il n'aurait pas initiés dans ce cas précis. Reste à savoir si la compagnie d'assurance pourrait inférer du paiement de la prime un accord du preneur quant aux modifications apportées aux conditions contractuelles (et relatives, par exemple, à l'introduction de nouvelles causes d'exclusion). Nous n'y sommes pas favorables à moins que les autres moyens mis en place pour obtenir le consentement du preneur aient échoué (case à cocher sur la plateforme ou renvoi de l'avenant signé), que cette conséquence soit clairement indiquée et que le preneur reçoive toutes les informations lui permettant d'apprécier les nouvelles règles auxquelles il accepterait désormais de se soumettre.

En guise de conclusion

50. Formalisme contractuel et assurance. Vingt ans après l'adoption de la LCAT, il convenait de faire le point sur l'application des formes à accomplir en droit des assurances. L'étude nous a ainsi permis de revenir sur le régime de l'article 10 de la LCAT et de certains modes de transmission de l'information ou sur la multiplication des formes de protection de la partie faible.

L'analyse a montré que, globalement, moyennant des précisions utilement apportées par la jurisprudence, le résultat était satisfaisant. Des améliorations pourraient cependant être introduites, singulièrement sur le plan des sanctions, de manière à renforcer l'efficacité du cadre normatif et s'assurer que les finalités poursuivies soient atteintes.

51. Incidence des progrès techniques et de la pratique contractuelle. Depuis l'adoption de la loi, les technologies de l'information et de la communication ont connu un développement croissant et peuvent désormais être utilisées pour conclure le contrat d'assurance ou échanger diverses informations au cours du processus contractuel. Des textes ont en effet été pris pour lever les obstacles formels et la faiblesse spécifique du consommateur, tenant à la conclusion du contrat à distance et par voie électronique, a été rencontrée. On peut sans doute regretter que leurs dispositions restent très (trop) techniques (en matière de signature électronique, par exemple) et soient dès lors de nature à freiner l'utilisation des technologies de l'information. À défaut d'une révision de ces textes, il faut donc espérer que les praticiens, suivis par la jurisprudence, puissent les appliquer de manière raisonnable et, le cas échéant, reçoivent des directives précises des autorités compétentes.

Reste aussi à espérer que la question des modifications contractuelles et tarifaires trouve rapidement un dénouement et qu'une solution courageuse, innovante et équilibrée, qui tient compte des intérêts des preneurs et des assureurs, soit dégagée au sein de la Commission des assurances et traduite ensuite dans le texte légal.

52. Bilan après vingt ans d'application. Un bilan plutôt positif donc, qui a pu se construire à la suite de l'intervention du législateur et en bénéficiant des réflexions de la doctrine ou des développements jurisprudentiels, mais sans méconnaître la pratique contractuelle. Le résultat reste certes perfectible, mais il faut gager que, tout en respectant l'équilibre entre les intérêts des parties concernées, des solutions seront rapidement trouvées et des améliorations apportées. Un acquis solide et des promesses encourageantes... qu'espérer de mieux à vingt ans ?